

COMPETENCIA - Límites / COMPETENCIA - Asunto materia de apelación

En la sentencia objeto del recurso de alzada se declaró que el Distrito Capital de Bogotá, Secretaría de Obras Públicas, dejó de reconocer al ingeniero Federico Saúl Sánchez Malagón el valor de las obras adicionales ejecutadas para la recuperación y mantenimiento de la transversal 10 Este del Kilómetro 0 + 155 a la calle Sur Kilómetro o placa No. 27-58 sur, medidos hacia la calle 25 sur, correspondiente al área del numeral 1 (paradero de buses), con ocasión del Contrato No. 1-093 de 1995. Por tal motivo, la entidad demandada fue condenada a pagar a favor del demandante la suma de \$10.005.248.80 por concepto de capital adeudado por las obras adicionales reclamadas, depreciación e intereses. La inconformidad del demandante para con la anterior decisión se concreta en que, a su juicio, nada dijo el a quo sobre las declaraciones y condenas correspondientes a los numerales 2, 3, 4 y 5 del escrito de la demanda, por lo cual solicitó un pronunciamiento sobre el reconocimiento de la totalidad de los perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante- y morales causados, ciertos y futuros, y el pago de las sumas equivalentes a los mismos debidamente indexadas, junto con los intereses legales y moratorios correspondientes. En este contexto, la Sala únicamente se ocupará de analizar los perjuicios pretendidos por el demandante y su liquidación, teniendo en cuenta que: (i) el recurso de apelación presentado por la entidad pública demandada fue declarado desierto, de manera que finalmente no impugnó la obligación que se le impuso de pagar al contratista el valor de las obras adicionales materia de reclamo, conducta procesal de donde se puede colegir que aceptó la condena; y que, además, (ii) no es susceptible del grado jurisdiccional de consulta. Lo anterior significa que esta Sala tiene competencia para revisar el fallo del Tribunal a quo sólo en razón del recurso de apelación propuesto por la parte actora y en los términos del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor: “[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, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones...”.

APELANTE UNICO - Principio de la no reformatio in pejus / NO REFORMATIO IN PEJUS - Excepciones

Es decir, cuando el apelante -como en este caso- es único, y no está consagrada la consulta en favor de la parte que no apeló, el juez ad quem no podrá hacer más gravosa su situación, en virtud del principio de la no reformatio in pejus, el cual constituye un límite a la apelación que se establece en el entendido de que el recurso se interpone por aquél respecto de lo que le resulta desfavorable de la providencia. Dicho de otro modo, en virtud del citado principio, la materia objeto de la alzada se contrae sólo a aquello que perjudicó al apelante, garantía de estirpe constitucional ligada al derecho al debido proceso, consagrada en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución Política, que señala que “[e]l Superior no podrá gravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”, y que es aplicable a todo tipo de procesos. Con todo, es menester advertir que el principio de la no reformatio in pejus (art. 31 C.P.), de acuerdo con el cual no es posible para el juez ad quem empeorar o agravar la decisión al apelante, cuando la otra parte no apeló, el cual que tiene aplicación en el proceso contencioso administrativo, en cuanto limita o restringe el alcance de la decisión del juez ad quem a los puntos materia del recurso, sin que sea dable, por regla general, pronunciarse respecto de los demás aspectos de la providencia, encuentra excepciones según el mismo artículo 357 del estatuto procesal civil en los casos

en los cuales “la modificación es indispensable para resolver puntos íntimamente relacionados con la materia objeto de la apelación”(inciso primero), o “cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, este deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante” (inciso final), eventos que no se presentan en el sub exámine. En desarrollo de lo anterior, la Sala únicamente estudiará los perjuicios pretendidos por el demandante y su liquidación, y no temas tales como la idoneidad de la acción, el incumplimiento de la obligación de pago de las obras adicionales, la liquidación del contrato entre otros aspectos que no son materia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE PAGO - Perjuicios / OBRAS ADICIONALES - Pago a favor del contratista

En el proceso se demostró, materia que no se controvierte en esta instancia dado que no es asunto del recurso de apelación, que fueron ejecutadas unas obras adicionales a las contempladas en el Contrato No. 1-093 de 1995, por valor de \$6.273.181.81, las cuales, aunque fueron autorizadas y quedaron discriminadas en el acta de liquidación No. 7 de 8 de agosto de 1996, dejando la respectiva salvedad el contratista acerca de la reclamación del pago de su valor, no fueron reconocidas ni canceladas por la entidad demandada, motivo por el cual el juez a quo la condenó a pagar el valor actualizado adeudado por concepto de esas obras más los intereses legales. En este sentido, a partir del anterior incumplimiento, el demandante y ahora recurrente pretende: (i) el reconocimiento y pago del valor de esas obras adicionales ejecutadas (\$6.273.181.81); (ii) el reconocimiento del valor de los intereses comerciales legales y moratorios causados al momento de la presentación de la demanda de la suma adeudada, desde el 10 de abril de 1996, fecha de terminación real de la obra ejecutada y entregada, hasta el momento del pago efectivo total de la suma citada, más los intereses legales, comerciales y moratorios desde el día de la presentación de la demanda hasta el día del pago total; (iii) el reconocimiento y pago de perjuicios materiales concomitantes, posteriores y futuros ocasionados por el no pago oportuno; (iv) el reconocimiento y pago por concepto de perjuicios morales, concomitantes, posteriores y futuros ocasionados por el no pago oportuno; (v) la actualización de las sumas de dinero cuyo reconocimiento y pago se ordene; y (vi) la condena en costas.

OBLIGACIONES DINERARIAS - Indemnización de perjuicios por incumplimiento en el pago

La inobservancia o violación de los principios “lex contractus, pacta sunt servanda” y buena fe en la ejecución de contratos, consagrados positivamente en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional, y en tal caso, la ley impone el deber de reparar integralmente a la parte cumplida el daño causado, y para ello la faculta para exigir las obligaciones insatisfechas y defender los derechos que emanan del contrato en procura de satisfacer el objeto primario del mismo o, en su defecto por no ser éste posible en el tiempo (causa oportuna), su equivalente, y obtener el resarcimiento de todos los perjuicios sufridos. En tal virtud, los efectos del incumplimiento contractual por violación a la ley del contrato concretamente consisten en que, de una parte, el deudor incumplido queda expuesto a ser compelido o constreñido judicialmente a cumplir con su objeto o su equivalente y a indemnizar los daños y perjuicios y, de otra parte, surge el derecho correlativo del perjudicado a obtener ante el juez del contrato la realización de la prestación

debida de ser ello posible o perseguir su subrogado y el resarcimiento por la lesión o perturbación a su derecho de crédito.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Configuración. Operancia / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Existencia del daño / DAÑO - Principios de reparación integral y de equidad

Con todo, para que exista una responsabilidad contractual, no basta el simple incumplimiento de la obligación contractual o legal (comportamiento culposo del agente que genera la responsabilidad), sino que es menester que el demandante haya sufrido un daño, entendido como la lesión, quebranto o menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extramatrimonial, y el cual para que sea indemnizado debe ser cierto y no eventual o hipotético. En el ámbito de la responsabilidad contractual de la Administración Pública, en aplicación del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, cuando ella incumple sus obligaciones "...el contratista del Estado tiene derecho a que la administración le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como una disminución patrimonial (daño emergente), como los que se traducen en la privación de las utilidades o ganancias que esperaba percibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante)...", daño contractual o lesión del derecho de crédito que debe ser cierto, particular y concreto, no eventual ni hipotético, tener protección o tutela jurídica y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso con las pruebas que reposen en él. Ese daño contractual o menoscabo al derecho de crédito debe ser indemnizado plenamente, dado que, como señala la doctrina, "...se debe reparar el daño y nada y nada más que el daño, por lo cual se destaca la importancia que en este terreno tienen las pruebas, pues se requiere certidumbre de la realidad del perjuicio y de su cuantía, para así proferir las condenas pertinentes...". "...La explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin causa a favor de la "víctima", si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima..." Por eso, en materia de indemnización del daño resarcible rigen los principios de la reparación integral y de equidad.

DAÑO MATERIAL - Daño emergente y lucro cesante

En desarrollo de lo anterior, a términos del artículo 1613 del Código Civil, la indemnización de perjuicios o, mejor aún, el daño material comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento, modalidades definidas en el artículo 1614 ibídem. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el daño emergente (*dammun emergens*) es la disminución patrimonial inmediata a causa del hecho que se juzga, representada en la pérdida de elementos económicos bien por los gastos que ellos significaron en su adquisición, ora por los desembolsos futuros para recuperarlos o enmendarlos, incluso, por la constitución de un pasivo, es decir, un empobrecimiento debido a que un bien salió o saldrá del patrimonio. 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. Tanto el daño emergente como el lucro cesante, pueden a su vez, sin que dejen de serlo, presentar las variantes de consolidado y futuro, de acuerdo con el momento en

que se haga su valoración. Por lo tanto, celebrado el contrato, las partes deben cumplirlo en todo cuanto corresponda a sus elementos esenciales, naturales y accidentales, y el incumplimiento del mismo, por inejecución total, tardía o defectuosa de las obligaciones que emanan de él, es una infracción sancionada por el ordenamiento jurídico (arts. 1494, 1495 y 1498 del C.C.), porque el contrato es ley para las partes y el mismo debe ser ejecutado de conformidad con lo convenido y de buena fe (arts. 1602 y 1603 del C.C.), so pena de que quien lo infringe se encuentra en el deber de reparar los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) que con su conducta incumplida ocasione a su cocontratante.

OBLIGACIONES DINERARIAS - Incumplimiento / OBLIGACIONES DE GENERO - Objeto / GENERA NON PEREUNT - Los géneros no perecen

Las anteriores reflexiones son aplicables al incumplimiento de las obligaciones dinerarias, pecuniarias o monetarias, esto es, aquellas obligaciones de género que tienen por objeto prestaciones de dar o entregar sumas de dinero, bien consumible y fungible, “considerado éste por su valor de cambio, o sea, medio idóneo para adquirir toda clase de cosas o remunerar toda especie de servicios”, y, por tanto, obligaciones regidas bajo la máxima “genera non pereunt” -los géneros no perecen-, según la cual el deudor de la cosa no puede pretenderse liberado con el pretexto de que la cosa pereció porque “siempre habrá en alguna parte del mundo la cantidad suficiente de este especie para que pueda tener lugar su entrega”, establecida como regla en el artículo 1567 del Código Civil, por cuya inteligencia “[l]a pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o las destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe.”.

VALOR DEL CONTRATO - Incumplimiento de la obligación de pago / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Daño emergente y lucro cesante / DAÑO EMERGENTE - Actualización del capital debido / LUCRO CESANTE - Intereses / DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE – Objeto

De acuerdo con jurisprudencia reiterada de la Sala, los perjuicios causados a un contratista como consecuencia del incumplimiento de la Administración de la obligación de pago del valor del contrato, son indemnizados con la actualización del capital debido a título de daño emergente y con el reconocimiento de intereses desde el momento en que se incurre en mora de cumplir con aquella obligación y hasta que ella se satisfaga a título de lucro cesante, conceptos que no son incompatibles sino complementarios, en tanto el primero evita la desvalorización de la moneda, esto, la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo y ante el índice de inflación, mientras el segundo tiene por objetivo sancionar la mora del deudor y, por ende, reparar el daño ocasionado por ésta.

DAÑO EMERGENTE - Actualización monetaria

En relación con el primer aspecto, de tiempo atrás la jurisprudencia ha explicado que la actualización del dinero es desarrollo del principio de indemnización integral del daño. O sea que la actualización monetaria, tiene por objetivo mantener o preservar la equivalencia o representación del valor real de la moneda entre el momento en que se adquiere y se hace exigible la obligación dineraria y el momento de su pago, compensando o corrigiendo el efecto o factor inflacionario transcurrido en ese lapso o período de tiempo. También ha considerado la Sección que siempre que se trate de intereses puros dicho concepto no resulta incompatible con la actualización monetaria, por tener causas diferentes; y, contrario sensu, serán incompatibles cuando los intereses comerciales corrientes

o de mora lleven ínsito el factor de corrección monetaria o de indexación por la desvalorización o devaluación de la moneda ante el fenómeno inflacionario, tal y como así lo explicó la Sala en Sentencia de 10 de mayo de 2001, Exp. 12.719.

NOTA DE RELATORIA: En cuanto al daño emergente, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, exp. 21.120; C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

LUCRO CESANTE - Intereses moratorios / MORA DEL DEUDOR - Configuración

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.

OBLIGACIONES DINERARIAS - Se presume la existencia del daño ante su incumplimiento / INTERESES - Noción. Clases

De cuanto antecede es válido colegir que cuando la obligación incumplida es la de pagar una cantidad de dinero, la ley presume la existencia del daño, sin que el acreedor tenga la carga de probarlo, toda vez que éste se ocasiona desde el momento en que el deudor debió cumplir con el pago de la deuda y lo omitió, razón por la cual, tanto en el derecho privado (Código Civil y Código de Comercio) como en el público (Ley 80 de 1993) se consagra que la indemnización de perjuicios ante el incumplimiento del pago oportuno de una cantidad de dinero se traduce en el reconocimiento de intereses de mora. Con otra palabras: “...si la Administración incumple con la obligación principal del contrato – pagar

oportunamente el valor convenido- debe reconocer los perjuicios moratorios que causó con su incumplimiento, esto es, los intereses moratorios, a la tasa que pactaron las partes o a falta de pacto, la que la ley suple, los cuales se presumen...”. En este sentido, conviene recordar que los intereses son la utilidad, beneficio o renta que se puede obtener de un capital, y así concebidos se constituyen en los frutos civiles, las ganancias o las utilidades que se pueden percibir del dinero (art. 717 C.C.). Estos intereses de acuerdo con la ley y según se trate de obligaciones civiles o mercantiles pueden ser: (i) convencionales, esto es, los que pactan en forma expresa las partes en el contrato (art. 1617 No. 1 Código Civil); (ii) corrientes, o sea, aquellos que común o usualmente se cobran en determinado mercado, lugar o plaza (arts. 513, 1367, 2171, 2182, 2184, 2318 y 2231 Código Civil; 884, 885, 1163, 1251 y 1388 Código de Comercio); y (iii) los legales, es decir, los tarifados y prefijados expresamente por el legislador (arts. 1617 No 1, 2231, 2232 Código Civil; 883, 884, 885, 942, 1163 y 1251 Código de Comercio); así mismo, también se distinguen aquellos (iv) remuneratorios, que son los devengados en virtud de un crédito de capital por el tiempo en que el deudor está obligado a pagarlo o restituirlo, o sea, mientras lo mantenga en su poder y tiene el carácter meramente retributivo por el uso del dinero durante todo el término de su disfrute por parte del deudor (arts. 1617 No. 3, 2229, 2231, 2234 Código Civil; 883, 884, 1163 Código de Comercio); (v) moratorios que son los que el deudor debe pagar a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituye en mora de pagar ese capital al acreedor, y cuya tasa está prefijada por la ley de manera supletiva (arts. 1617 Código Civil y 65 Ley 45 de 1990), es decir, es la pena tarifada por la mora en que incurra el deudor en la entrega del dinero en la oportunidad debida al acreedor; y (vi) usurarios, esto es, aquellos que exceden la tarifa legal y son prohibidos y reprimidos (artículos 1617 No 3, 2235 Código Civil; 884 mod. art. 111, Ley 510 de 1999, 886 Código de Comercio; 64 No. 2 Ley 45 de 1990; Dec. 1454 de 1989; 121 No. 3 Dec. 663 de 1993; 305 Código Penal; 34 No. 3 Ley 1142 de 2007).

NOTA DE RELATORIA: acerca del alcance del concepto de interés y la división entre remuneratorios y moratorios, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 27 de agosto de 2008, exp. No. 11001-3103-022-1997-14171-01, M.P. William Namén Vargas.

INTERESES LEGALES COMERCIALES - Incompatibilidad con la corrección monetaria

Como se puede apreciar, el Código de Comercio en el artículo 884 reproducido, indica que en los negocios mercantiles el pago de réditos de un capital cuando las partes no hubiesen pactado el interés, éste será el bancario corriente, o sea aquel que surge del promedio cobrado por los Bancos por los créditos otorgados a los usuarios de su actividad, según certificación expedida por la Superintendencia Bancaria (ahora Financiera), cuya fórmula de cálculo contiene el costo puro del dinero, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o inflación, de manera que excluye la actualización de la suma adeudada, porque la tasa remuneratoria o la moratoria, según el caso, incluye ya el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Dicho de otra forma, y de acuerdo con la jurisprudencia y la norma citada (art. 884 C Co.), no es posible que se reconozcan los intereses legales comerciales corrientes remuneratorios o de mora además de la corrección monetaria, puesto que las tasas de las mismas ya aparejan la indexación de la moneda. Esto significa que la norma de la Ley 80 de 1993, reglamentada en el Decreto 679 de 1994, fue concebida como un mecanismo de índole indemnizatoria para la preservación de la ecuación económica del contrato, ante el incumplimiento de la Administración de pagar

dentro de los plazos estipulados el precio o suma de dinero convenida en el mismo, con el propósito de sancionar la mora, reparar los perjuicios derivados de ésta y mantener el poder adquisitivo del dinero, razón por la cual la jurisprudencia ha advertido que “[e]ste modo de liquidación de los intereses que estableció la ley de contratación estatal sigue un lineamiento similar al de las obligaciones mercantiles, el cual se desprende de la actualización del capital que la norma incluye”.

INTERESES LEGALES COMERCIALES - No resultan incompatibles con los mecanismos de ajuste o actualización de precios

Sin embargo, la Sala aclara en esta oportunidad que si bien al determinarse el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplica a la suma debida por cada año o fracción de mora el incremento del índice de precios al consumidor del año anterior, para luego sobre ese valor calcular la tasa de interés del 12%, es decir, que esta metodología de suyo comprende la corrección por desvalorización de la moneda para efectos de hallar el monto de los intereses, ello no resulta incompatible con los mecanismos de ajuste o actualización de precios, dado que por expresa disposición legal conservan plena aplicación, lo cual comporta que jurídicamente resulte viable reconocer igualmente el ajuste monetario del capital debido o indexación de la suma adeudada dentro de la indemnización integral que ordene el juez para resarcir el daño ocasionado al acreedor por el no pago oportuno de la obligación.

TASA DE INTERES MORATORIO - Norma aplicable. Evolución jurisprudencial

Inicialmente, ante la inexistencia de norma expresa en la legislación, se propugnó la tesis de que el Estado no debía pagar intereses de mora, para luego reconocer dicha posibilidad aplicando las normas comerciales (artículo 884 del C. de Co.), en particular para el evento en que el cocontratante tenía la calidad de comerciante y en la medida de que éste ejecutaba actos de naturaleza mercantil regidos por dicha normativa. Posteriormente, dado que el Decreto - Ley 222 de 1983 tampoco consagró una disposición que fijara la tasa de interés aplicable cuando resultara procedente castigar la mora en la que hubiera incurrido una entidad estatal, en virtud del incumplimiento de un contrato, se esgrimió la tesis de que no podían pactarse intereses de esta índole en aquellos contratos denominados administrativos, pero si podían reconocerse siempre y cuando se acudiera con tal propósito a la jurisdicción; sin embargo, en vigencia de dicho estatuto, esta Sección fue del criterio de su procedencia vía estipulación, o de la ley ante el silencio de las partes, para lo cual aplicó el artículo 1617 del Código Civil y el artículo 884 del Código de Comercio, según si el evento se podía enmarcar por la actividad, el objeto y la parte cocontratante en el régimen civil o mercantil. Tiempo después, este reconocimiento de intereses moratorios y su tasa se recogió en el transcrito numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, en cuanto prescribió que sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios en los contratos que celebren las entidades estatales, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. Es decir, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 en la contratación estatal la tasa del interés de mora aplicable en cada contrato que celebren las entidades sea civil o comercial, ante el silencio de las partes, es la establecida en esta disposición del Estatuto General de la Contratación Pública, y no la previstas en el Código Civil o el Código de Comercio, lo que no obsta para que puedan pactar expresamente éstas, siempre y cuando se respeten los límites impuestos en la ley, en cuanto al interés de usura, según lo

explicó en su oportunidad esta Sección [Sentencia del 17 de mayo de 2001, Exp. 13.635, que reitera sentencia de 28 de octubre de 1994, Exp. 8092].

INTERES MORATORIO - Normatividad aplicable / INTERESES MORATORIOS - Falta de pacto

En síntesis, de acuerdo con el criterio jurisprudencial vigente, se tiene que: (i) Ante el silencio de las partes al respecto, de conformidad con el artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, y en armonía con la figura de la mora, los intereses de mora deben liquidarse de conformidad con la norma vigente al momento de la infracción, de suerte que 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) Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la tasa del interés de mora aplicable en cada contrato que celebren las entidades públicas, ante el silencio de las partes, es la establecida en el citado numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, con independencia de que la actividad ejercida sea o no de carácter civil o comercial, sin perjuicio de que ellas puedan estipular otro tipo de tasa incluso la civil o comercial sin incurrir en interés de usura. (iii) En los contratos celebrados por las entidades públicas con antelación a la Ley 80 de 1993, en los cuales no se pactaron intereses de mora ante el incumplimiento, la norma aplicable para sancionar a la parte incumplida y liquidar intereses de mora por el período anterior a su entrada en vigencia, será el artículo 884 del Código de Comercio, si la parte afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para éste de carácter mercantil (arts. 1, 10, y 20 y ss C. Co.); o el artículo 1617 del Código Civil si ninguna de las partes (contratista o entidad) tiene esa condición; y por el período posterior a la fecha de vigor de la citada Ley 80 de 1993, le será aplicable la establecida en el numeral 8º del artículo 4 ibídem para liquidar el interés de mora.

OBLIGACION DINERARIA - Incumplimiento en el pago por parte de la Administración

En conclusión, la entidad pública que se sustrae de pagar oportunamente el valor pactado del contrato, o sea, la obligación dineraria principal a su cargo, está en el deber de reparar los perjuicios materiales causados a través de una indemnización integral que comprenda el pago del capital actualizado de la deuda, así como de los intereses moratorios, a la tasa que convenida por las partes o, en defecto de estipulación expresa, a la tasa que fija la ley, los cuales no necesitan prueba porque se presumen. En suma, de acuerdo con las jurisprudencias citadas, aunque se soliciten intereses de mora como indemnización de perjuicios por el incumplimiento en el pago de sumas de dinero, la cual no sería inferior al interés legal, ello no es obstáculo para que también, al amparo del principio de la reparación integral del daño (arts. 16 Ley 446 de 1998, 1617 No. 2 C.C.), se pidan perjuicios superiores, mayores o complementarios, evento en el cual el acreedor debe probar su existencia y la falta de cobertura resarcitoria de los mismos a través de los intereses de mora.

INTERESES LEGALES Y DE MORA CAUSADOS - Reconocimiento / LEY 80 DE 1993 - Falta de pacto / LEY 80 DE 1993 - Tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado

Señaló el recurrente que en la sentencia de primera instancia impugnada se guardó silencio frente al reconocimiento de los intereses moratorios causados al momento de la presentación de la demanda. Esta afirmación tampoco resulta exacta para la Sala, pues lo que realmente ocurrió es que el Tribunal a quo al

liquidar los perjuicios en esta materia se guió por lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 1617 del Código Civil, o sea que al capital adeudado sin actualizar aplicó la tasa de interés legal puro del 6% anual, sin percatarse de que el Contrato No. 1 – 093 se celebró el 23 de octubre de 1995, es decir, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la cual ordena, en el numeral 8 del artículo 4, que en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. En tal virtud, en cumplimiento del aludido precepto de la Ley 80 de 1993, resulta procedente modificar la liquidación de los intereses moratorios, para calcular éstos con una tasa de interés del 12% anual sobre la suma del capital indexado, desde la fecha en que la obligación de pagar las obras adicionales ejecutadas por el actor se hizo exigible y la Administración incurrió en mora (8 de agosto de 1996, fecha de la liquidación del contrato sin reconocimiento y pago de las mismas).

PERJUICIOS MORALES DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Procedencia

En un primer estadio, la jurisprudencia negó el reconocimiento de la indemnización de perjuicios morales dentro la actividad contractual, porque éstos sólo se configuran cuando se presenta la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto, situación que no se da en ese caso, dado que "...en sentido jurídico técnico no son todas las sensaciones dolorosas ajenas al sacrificio de cualquier interés jurídico protegido, sino que, como ya se estableció de atrás, daños morales son sólo los dolorosos, padecimientos, etc., que se siguen de una lesión a los bienes de la personalidad, que no son susceptibles de configuración como objeto de obligaciones en sentido propio, en las cuales el daño moral, aun entendido en forma amplia y equívoca, nunca podría surgir con la relevancia jurídica, porque los intereses morales, eventualmente tenidos en cuenta por los sujetos particulares, no son tutelados por el derecho de modo específico". En un segundo estadio, se modificó esta posición en el sentido de que no existía razón para excluir la indemnización de dichos perjuicios, por cuanto el Legislador garantiza la indemnización de todo daño, sin distinguir su clase, de manera que debe ser indemnizado todo perjuicio causado por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, sujeto, como cualquier clase de perjuicio, a que ellos sean demostrados en el proceso. Por consiguiente, el estado actual de la jurisprudencia es que se acepta la procedencia de indemnización de perjuicios morales con fundamento en la actividad contractual, siempre y cuando el demandante acredite la existencia de los mismos y, por supuesto, su conexidad causal con el incumplimiento contractual de la entidad contratante.

NOTA DE RELATORIA: acerca de la procedencia de indemnizar perjuicios morales derivados de la actividad contractual de la Administración, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 8 de febrero de 2001, exp. 12.848; de 18 de marzo de 2004, exp. 15.936; de 18 de marzo de 2004, exp. 14589.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214)

Actor: FEDERICO SAUL SANCHEZ MALAGON

Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA-SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el proceso de la referencia, contra la Sentencia de 1 de julio de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual resolvió:

“1. Declarar que el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, Secretaría de Obras Públicas, dejó de reconocer al ingeniero Federico Saúl Sánchez Malagón lo relativo a la recuperación y mantenimiento de la transversal 10 Este del Kilómetro 0 + 155 a la calle Sur Kilómetro o placa No. 27-58 sur, medidos hacia la calle 25 sur, correspondiente al área del numeral 1 (paradero de buses) del esquema localizado anexo al acta de liquidación No. 7, del 8 de agosto de 1996, con ocasión de la ejecución del contrato No. 1-093 de 1995.

2. Condenar al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, Secretaría de Obras Públicas, a pagar a Federico Saúl Sánchez Malagón la suma de diez millones cinco mil doscientos cuarenta y siete (sic) pesos con ochenta centavos (\$10.005.248.80) por concepto de capital, depreciación e intereses.

3. Dése cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

4. Niegáanse las demás pretensiones de la demanda.”

La sentencia apelada, previo el estudio correspondiente, será modificada, por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El presente proceso se originó con la demanda presentada el 10 de marzo de 1997, por el señor Federico Saúl Sánchez Malagón, en contra del Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Obras Públicas, a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A., en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“1º.- Que se ordene al Distrito Capital de Santafé de Bogotá Secretaría de Obras Públicas de Santafé de Bogotá D.C., representadas por el señor Alcalde Mayor Dr. Antanas Mockus y la Dra. María Elvira Pérez Franco respectivamente o por quienes hagan sus veces, a reconocer las mayores cantidades de obra adicional, ejecutadas por el Ingeniero Contratista Federico Saúl Sánchez Malagón, relativo a la recuperación y mantenimiento de la Transversal 10 este del Kilómetro 0 más 155 a la calle 25 Sur Kilómetro 0 placa No. 27-58 sur, medidos hacia la calle 25 sur de Santafé de Bogotá, correspondientes al área del numeral 1 (paradero de buses) del esquema de localización anexo al acta de liquidación No.7 del 8 de agosto de 1.996, obras ejecutadas por orden del interventor y de la propia Secretaría de Obras Públicas de Santafé de Bogotá, con ocasión de la ejecución del contrato No.1-093 de 1995.

2º.- Que como consecuencia de la anterior declaración u orden se obligue al Distrito Capital de Santafé de Bogotá Secretaría de Obras Públicas de Santafé de Bogotá. D.C., a pagar la suma de SEIS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO OCHENTA Y UN PESOS CON OCHENTA Y UN CENTAVOS (\$6.273.181.81), valor de las obras adicionales ejecutadas por el contratista Federico Saúl Sánchez Malagón y recibidas por el Distrito Capital y la Secretaría de Obras Públicas de Santafé de Bogotá, D.C., según acta de liquidación No. 7 del 8 de Agosto de 1.996.

3º.- Que se ordene igualmente al Distrito Capital de Santafé de Bogotá Secretaría de Obras Públicas de Santafé de Bogotá, a reconocer y pagar al contratista Federico Saúl Sánchez Malagón, la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS o la que se cause en el futuro, valor de los intereses comerciales legales y moratorios causados al momento de la presentación de la demanda de la suma adeudada desde el pasado 10 de abril de 1.996, fecha de terminación real de la obra ejecutada y entregada hasta el momento del pago efectivo total de la suma citada, más los intereses legales, comerciales y moratorios desde el día de hoy presentación de la demanda hasta el día del pago total.

4º.- Que se ordene al Distrito Capital de Santafé de Bogotá Secretaría de Obras Públicas de Santafé de Bogotá, D.C., a reconocer y pagar solidariamente la suma de VEINTICINCO MILLONES DE PESOS o la suma que se demuestre pericialmente en el proceso por concepto de los perjuicios materiales concomitantes, posteriores y futuros que el no pago oportuno causó al contratista Federico Saúl Sánchez Malagón.

5º.- Que se ordene al Distrito Capital de Santafé de Bogotá Secretaría de Obras Públicas de Santafé de Bogotá, D.C., a reconocer y pagar una suma equivalente a DOS MIL GRAMOS DE ORO FINO, o la suma que se demuestre pericialmente en el proceso por concepto de los perjuicios morales concomitantes, posteriores y futuros que el no pago oportuno de la suma relacionada el numeral 1 de este *petitum*, ocasionó al contratista Federico Saúl Sánchez Malagón.

6º.- Que se ordene en la sentencia que ponga fin al proceso, que todas y cada una de las sumas de dinero que se piden en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 de las peticiones de esta demanda, se paguen debidamente

actualizadas, teniendo en cuenta la desvalorización monetaria o pérdida del valor adquisitivo de la moneda (corrección monetaria), desde el día que ha debido hacerse el pago de cada una de las sumas procedentes hasta el día de la solución o pago total.”

2. Los hechos

Los hechos relatados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

2.1. Que el día 23 de octubre de 1995, entre el Distrito Capital – Secretaría de Obras Públicas y el actor señor Federico Saúl Sánchez Malagón, se celebró un contrato de obra pública, cuyo objeto fue la recuperación y el mantenimiento de la Transversal 10 este del kilómetro 0 más 155 a la calle 25 Sur Kilómetro 0 placa No. 27-58 sur, medidos hacia la calle 25 sur de Santafé de Bogotá, y el cual comenzó a ejecutarse el 27 de noviembre de 1995.

2.2. Que durante la ejecución del Contrato 1-093 de 1995 el Interventor ordenó al Contratista, para la plena utilización de los tramos viales existentes, una adición de obra que no había sido prevista inicialmente, la cual consistió en la construcción de un paradero de buses localizado en la Transversal 10 este con calle 27 sur, Barrio San Pedro Sur Oriental de Bogotá, junto con la recuperación de un tramo dañado por mal tiempo que había sido construido por otro ingeniero.

2.3. Que en virtud del requerimiento anterior, el Contratista ejecutó la adición de las obras descritas de recuperación y reparación, para lo cual invirtió la suma de \$6.273.181.81, finalizando las mismas el 10 de abril de 1996.

2.4. Que, pese a que el Interventor recibió a satisfacción las obras adicionales autorizadas, según actas Nos 5, 6 y 7 de 1996, la Administración -Secretaría de Obras Públicas-, no procedió a pagarlas.

2.5. Que en el Acta No. 7 de 8 de agosto de 1996, por la cual se liquidó el Contrato No- 1-093 de 1995, el contratista dejó constancia de la ejecución de las mayores cantidades de obra por valor de \$6.273.181.81 que no habían sido pagadas, reservándose el derecho a reclamar.

2.6. Que, en consecuencia, la Administración debe al contratista las sumas correspondientes al capital invertido en la obra adicional, más los intereses legales

comerciales y de mora, así como los demás perjuicios morales y materiales (daño emergente y lucro cesante) ocasionados, toda vez que para poder cumplir con la adición de obra tuvo que solicitar préstamos al Banco de Occidente por \$2.000.000 y al señor Hernando Tarazona por \$6.000.000, cuyo capital e intereses mensuales debe cancelar.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Estimó el actor que el comportamiento de la entidad demandada de no pagar la obra adicional ordenada, autorizada y recibida a satisfacción, constituye un incumplimiento que la hace incurrir en una responsabilidad contractual, con las consecuencias que ello acarrea, pues no tomó las medidas necesarias para mantener las condiciones técnicas económicas y financieras durante su ejecución y la equivalencia de las prestaciones.

A su juicio, se rompió el equilibrio económico del contrato entre lo que la entidad recibió y lo que debe pagar con ocasión del contrato y, a su vez, el contratista gastó más de lo que recibió por ejecutar las obras. Invocó como fundamentos de derecho los artículos 2, 6 y 90 de la Constitución Política; artículos 4 numeral 8, 5 numerales 1 y 2, y 27 de la Ley 80 de 1993; artículos 1602 y 1609 del Código Civil.

4. La oposición del demandado

Una vez admitida la demanda por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de 7 de abril de 1997, y notificada la misma, el demandado, Distrito Capital de Bogotá, mediante apoderado judicial, contestó la demanda para oponerse a las pretensiones; aceptó algunos hechos, negó otros y manifestó atenerse a lo que resultara probado sobre los demás.

En su concepto, las obras adicionales debieron ser objeto de contrato adicional y ser autorizadas por el ordenador del gasto de la Secretaría de Obras Públicas, lo que no ocurrió en el *sub lite*, pues la Administración no conceptuó en relación con este aspecto, ni mucho menos autorizó o consintió las obras adicionales reclamadas, sin que una orden de ejecución de la mismas corresponda al interventor, quien solo ejerce la inspección, vigilancia y control del contrato.

Por tanto, la Administración, en su sentir, no se encuentra obligada a cancelar obligaciones que legalmente no fueron contraídas, y si ellas se llevaron a cabo fue obviando el procedimiento administrativo y las formalidades establecidas para el efecto, "...sin mediar contrato adicional, ni autorización, colocando a la Administración en una situación imposible de legalizar (...) más aún cuando no había la disponibilidad presupuestal correspondiente...".

Finalmente, con base en lo expuesto, formuló las excepciones de ausencia de causa para demandar y de manera genérica todas aquellas que resultaran probadas en el desarrollo del proceso.

5. Actuación procesal

5.1. Por auto de 22 de septiembre de 1997 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las documentales que se acompañaron con la demanda y su contestación y las demás solicitadas por las partes, con excepción de la inspección judicial cuya decisión se pospuso para cuando se evacuaran las otras pruebas.

5.2. Mediante proveído de 18 de noviembre de 1998, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

5.2.1. El demandante reiteró las pretensiones de su demanda y señaló en particular que, de acuerdo con el acervo probatorio del proceso, se encontraban demostrados los hechos en los cuales se fundan las mismas, esto es, que se ordenó al contratista la realización de la obra adicional o de mayores cantidades de obra, las cuales se ejecutaron y recibieron a satisfacción por la Administración, sin que hubiese procedido ésta a su cancelación, con lo cual se le ocasionaron los perjuicios materiales y morales cuyo reconocimiento y pago reclama.

5.2.2. El demandado insistió en su oposición, pues para él está demostrado que no autorizó obra adicional alguna, ni suscribió contrato en tal sentido que comprometiera el patrimonio distrital, siendo claro que toda obra adicional requiere no solo de la celebración de contrato adicional, sino además, es indispensable contar con las disponibilidades y la reserva presupuestal correspondientes.

6. La sentencia recurrida

Para el Tribunal *a quo* se demostró dentro del proceso que, durante la ejecución del Contrato 1-093 de 1995, la comunidad, el contratista y el interventor encontraron necesario adicionarlo para empatar la obra objeto del mismo con la contratada bajo el número 1-081; hacer reparaciones de algunos de los trabajos de este último contrato, porque la lluvia los había destruido, y terminar el paradero de buses, con el propósito de dar continuidad al flujo vehicular.

Además, agregó que el interventor autorizó al contratista realizar la obra faltante, y que si ello no se hubiera realizado, la vía habría quedado con tramos pavimentados y tramos sin pavimentar, tramos construidos y tramos en ruinas; en otros términos: "...el Distrito contrató pedazos de una calle con tres ingenieros diferentes y las partes dejadas de contratar de tal manera que la obra no servía para nada. Estos tramos faltantes fueron los que realizó el contratista demandante con el concurso del interventor."

De otra parte, encontró acreditado que tanto el contratista como el interventor requirieron a la contratante para que autorizara las obras, pero la Administración no les contestó, no obstante lo cual en el acta final de obra se dejó constancia de unas cantidades de obra ejecutadas por fuera del objeto y alcance físico del contrato, por valor de \$6.273.181.81, que quedaron sin reconocimiento dentro de la liquidación. Por lo anterior, concluyó el Tribunal *a quo* que, en atención a que la obra fue construida; que fue útil para la comunidad, y que fue autorizada por el interventor, había lugar a ordenar su pago, razón por la cual procedió al respectivo reconocimiento por el citado valor debidamente actualizado, junto con los respectivos intereses al 6% anual.

7. La apelación

7.1. El actor interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia, pues, a pesar de ser favorable, considera que no se pronunció sobre todos los aspectos del *petitum*, recurso que fue concedido por el *a quo* mediante auto de 5 de agosto de 1999.

En el escrito de sustentación del recurso, presentado el 4 de agosto de 1999, estimó que en la providencia atacada se guardó silencio respecto de varias de las declaraciones y condenas pretendidas en la demanda, razón por la cual solicitó:

(i).- Primera Petición: *“confirmar el numeral 1º de la parte resolutive del fallo de 1 de julio 1999”, sobre la cual no tiene nada que objetar, pues responde a una evaluación precisa de las pruebas y su correspondiente comparación jurídica, frente a los hechos y peticiones de la demanda.*

(ii).- Segunda Petición: *“...pronunciarse sobre el numeral 2º del petitum del escrito de la demanda, sobre el cual nada dijo el a quo en la parte resolutive del fallo impugnado, a pesar de haber declarado en el numeral 1º (...), que el Distrito Capital de Santafé de Bogotá y la Secretaría de Obras Públicas dejaron de reconocer la mayor cantidad de obra ejecutada por el contratista”.*

Arguyó el recurrente que en el fallo objeto de alzada nada se dice respecto de la pretensión prevista en el numeral 2º de la demanda, de manera que se incurrió en un olvido involuntario, pues la consecuencia lógica del numeral 1º de la parte resolutive en la que se declara que la Administración dejó de reconocer la mayor cantidad de obra ejecutada por el contratista, trae como consecuencia que se ordene a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de \$6.273.181.81, gastada por el contratista en la ejecución de la obra del paradero de buses cuya construcción y mantenimiento dejaron de pagarse.

(iii) Tercera petición: *“...RELIQUIDAR conforme se pidió en el escrito de demanda – numeral 3º de las peticiones – y conforme se ha hecho reiteradamente en conocida jurisprudencia del Consejo de Estado expresada en sentencia de marzo 3 de 1.993 dentro del expediente No. 6660...”*

Adujo que el fallo también guardó silencio frente a la pretensión que pidió el reconocimiento de la suma de \$3.440.249 o la que se cause a futuro, valor de los intereses comerciales legales y moratorios causados en el momento de la presentación de la demanda, con base en la fórmula matemática para la liquidación de intereses señalada en la citada sentencia. Para tal efecto, considera que está probado el gasto de \$6.273.181,81; la fecha de terminación de la obra el 10 de abril de 1996 y, por tanto, que tales sumas de dinero causan intereses moratorios hasta la fecha en que se realice el pago.

(iv) Cuarta petición: *“...Se sirva (...) PRONUNCIARSE sobre el numeral 4º del las peticiones de la demanda, toda vez que el a quo guardó silencio sobre la petición*

a pesar que en el expediente hay pruebas de los hechos invocados como causa petendi...”

Estimó que obran pruebas en el expediente de la pretensión que por perjuicios materiales concomitantes formuló por valor de \$25.000.000 o la suma que se demostrara pericialmente. Consideró que los testimonios rendidos en el proceso dan cuenta que se vio precisado a solicitar sumas de dinero en préstamo para concluir las obras adicionales y de la necesidad de pagar altos intereses sobre las sumas adeudadas, los cuales no fueron tenidos en cuenta en el fallo.

(v) Quinta petición: *“...Se sirva (...) PRONUNCIARSE sobre el numeral 5º del las peticiones de la demanda, toda vez que el a quo también guardó silencio sobre la petición a pesar que en el expediente hay pruebas de los hechos invocados como causa petendi...”*

Señaló que no hubo pronunciamiento sobre los perjuicios morales solicitados, pese a que la prueba testimonial da cuenta de los cambios de conducta, los problemas conyugales por la carencia de medios económicos para mantener a la familia, las angustias y preocupaciones que sufrió, a causa de la negativa de la demandada de pagarle los valores adeudados. Incluso, agregó que *“no solo la prueba documental (certificaciones bancarias), testimoniales (versión juramentada de Hernando Tarazona Suárez), sino además la prueba indiciaria, contratos de abogados de asesoría en vía gubernativa y jurisdiccional, evidencian un gasto moral que no solo ha tenido cabal demostración en el proceso, sino que ha sufrido indudablemente el demandante el cual debe ser resarcido pecuniariamente...”*

(vi) Sexta petición: *“Que se ordene en la sentencia que ponga final al proceso, que todas y cada una de las sumas de dinero que se piden en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 de las peticiones de esta demanda, se paguen debidamente actualizadas, teniendo en cuenta la desvalorización monetaria o pérdida del valor del poder adquisitivo de la moneda (corrección monetaria), desde el día en que ha debido hacerse el pago de cada una de las sumas precedentes hasta el día de la solución o pago total”.*

Censura que para indexar las sumas de dinero la sentencia parte de un interés del 0.6% anual, ignorando la certificación de intereses de la Superintendencia

Bancaria que atan a la demandada en esta materia, razón por la que deben liquidarse con base en lo señalado a este respecto por la jurisprudencia.

(vii) Séptima petición: “Se sirva el H. Consejo de Estado *REVOCAR* el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia recurrida”, en el que se niegan las demás pretensiones, por cuanto, en su criterio, se encuentran debidamente probadas todas la súplicas de la demanda.

(viii) Octava petición. Se condene en costas a la demandada, dado que si bien no se pidió en la demanda, por no existir norma en ese sentido al momento de su interposición, posteriormente la Ley 446 de 1998 abrió esa posibilidad.

7.2. Mediante escrito de 19 de julio de 1999, la entidad demandada presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia del juez *a quo*, el que también fue concedido por el *a quo* en auto de 5 de agosto de 1999. En el escrito de interposición del recurso la accionada no indicó ni el objeto ni las razones del mismo.

8. Actuación en esta instancia

8.1. En auto de 3 de diciembre de 1999 se dio traslado a las partes para que sustentaran los recursos de apelación interpuestos contra la Sentencia de 1 de julio de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

8.2. Mediante auto de 25 de febrero de 2000 se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, por no haberse sustentado la impugnación en el término del traslado.

8.3. Por auto de 25 de febrero de 2000, se admitió el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por la parte actora.

8.4. A través de auto de 12 de mayo de 2000, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto, si a bien lo tenían. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio. La parte demandante presentó escrito en el que reiteró las peticiones y los argumentos expuestos en el escrito en el que sustentó el recurso de apelación.

II. CONSIDERACIONES

La Sala modificará la sentencia apelada pero sólo en cuanto se reconocerán los intereses moratorios pretendidos por el demandante, siguiendo los derroteros establecidos por el numeral 8 del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, para lo cual abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) competencia, 2) el asunto materia de la apelación y límites de la competencia; 3) las pruebas aportadas para demostrar los perjuicios; 4) los perjuicios por el incumplimiento de la obligación de pago reclamados por el actor; 5) el incumplimiento de obligaciones dinerarias e indemnización de perjuicios; 6) la indemnización de perjuicios materiales solicitados por el demandante; 7) los perjuicios morales solicitados; y 8) las costas del proceso.

1. Competencia

La Sala destaca que es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de una acción de controversias contractuales y proveniente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

Adicionalmente, precisa la Sala que le corresponde resolver el recurso de apelación en consideración a que la providencia apelada fue proferida en proceso de doble instancia, toda vez que la pretensión mayor asciende a la suma de \$25.000.000.00, y la mayor cuantía exigida para la fecha de presentación de la demanda -10 de marzo de 1997- era de \$13.460.000,00.

2. El asunto materia de apelación y límites de la competencia

En la sentencia objeto del recurso de alzada se declaró que el Distrito Capital de Bogotá, Secretaría de Obras Públicas, dejó de reconocer al ingeniero Federico Saúl Sánchez Malagón el valor de las obras adicionales ejecutadas para la recuperación y mantenimiento de la transversal 10 Este del Kilómetro 0 + 155 a la

calle Sur Kilómetro o placa No. 27-58 sur, medidos hacía la calle 25 sur, correspondiente al área del numeral 1 (paradero de buses), con ocasión del Contrato No. 1-093 de 1995. Por tal motivo, la entidad demandada fue condenada a pagar a favor del demandante la suma de \$10.005.248.80 por concepto de capital adeudado por las obras adicionales reclamadas, depreciación e intereses.

La inconformidad del demandante para con la anterior decisión se concreta en que, a su juicio, nada dijo el *a quo* sobre las declaraciones y condenas correspondientes a los numerales 2, 3, 4 y 5 del escrito de la demanda, por lo cual solicitó un pronunciamiento sobre el reconocimiento de la totalidad de los perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante- y morales causados, ciertos y futuros, y el pago de las sumas equivalentes a los mismos debidamente indexadas, junto con los intereses legales y moratorios correspondientes.

En este contexto, la Sala únicamente se ocupará de analizar los perjuicios pretendidos por el demandante y su liquidación, teniendo en cuenta que: (i) el recurso de apelación presentado por la entidad pública demandada fue declarado desierto, de manera que finalmente no impugnó la obligación que se le impuso de pagar al contratista el valor de las obras adicionales materia de reclamo, conducta procesal de donde se puede colegir que aceptó la condena; y que, además, (ii) no es susceptible del grado jurisdiccional de consulta¹.

Lo anterior significa que esta Sala tiene competencia para revisar el fallo del Tribunal *a quo* sólo en razón del recurso de apelación propuesto por la parte actora y en los términos del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor: “[!]la 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, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones...”

¹ En virtud del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, la consulta de la decisión ante el superior es un grado de jurisdicción de forzoso cumplimiento que opera frente a las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condenas en concreto a cargo de cualquier entidad pública que excedan de 300 salarios mínimos mensuales, o cuando hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador *ad litem*, siempre que no fueren apeladas; y en el presente asunto la condena impuesta fue por la suma de \$10.005.2448, y la cuantía para que la decisión fuera consultable para el 1 de julio de 1999, fecha de su imposición, era de \$70.938.000 (\$236.460X300).

Es decir, cuando el apelante -como en este caso- es único, y no está consagrada la consulta en favor de la parte que no apeló, el juez *ad quem* no podrá hacer más gravosa su situación, en virtud del principio de la no *reformatio in pejus*, el cual constituye un límite a la apelación que se establece en el entendido de que el recurso se interpone por aquél respecto de lo que le resulta desfavorable de la providencia. Dicho de otro modo, en virtud del citado principio, la materia objeto de la alzada se contrae sólo a aquello que perjudicó al apelante, garantía de estirpe constitucional ligada al derecho al debido proceso, consagrada en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución Política, que señala que “[e]l Superior no podrá gravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”, y que es aplicable a todo tipo de procesos².

Con todo, es menester advertir que el principio de la no *reformatio in pejus* (art. 31 C.P.), de acuerdo con el cual no es posible para el juez *ad quem* empeorar o agravar la decisión al apelante, cuando la otra parte no apeló, el cual que tiene aplicación en el proceso contencioso administrativo, en cuanto limita o restringe el alcance de la decisión del juez *ad quem* a los puntos materia del recurso, sin que sea dable, por regla general, pronunciarse respecto de los demás aspectos de la providencia, encuentra excepciones según el mismo artículo 357 del estatuto procesal civil en los casos en los cuales “la modificación es indispensable para resolver puntos íntimamente relacionados con la materia objeto de la apelación”(inciso primero), o “cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, este deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante” (inciso final), eventos que no se presentan en el *sub exámine*.

En desarrollo de lo anterior, la Sala únicamente estudiará los perjuicios pretendidos por el demandante y su liquidación, y no temas tales como la

² Como así lo expresó la Corte Constitucional en sentencias C-055 de 15 de febrero de 1993 y T-233 de 25 de mayo de 1995, reiteradas en sentencia T-400 de 22 de agosto de 1996. En el primer fallo manifestó: “La norma constitucional habla de ‘la pena impuesta’, lo cual podría llevar al equivocado concepto de que la garantía sólo cubre el ámbito propio del Derecho Penal, pero esta idea resulta desvirtuada si se observa que el precepto superior considerado en su integridad hace referencia a ‘toda sentencia’, sin distinguir entre los diversos tipos de proceso. De tal modo que la prohibición de fallar en mayor perjuicio del apelante único cobija a toda clase de decisiones judiciales -salvo las excepciones que contemple la ley- e impide que el juez de segundo grado extienda su poder de decisión a aquellos aspectos de la sentencia apelada que no han sido materia de alzada por la otra o las otras partes dentro del proceso y que, de entrar a modificarse, darían lugar a unas consecuencias jurídicas más graves para el apelante de las que ya de por sí ocasiona la sentencia objeto del recurso”. Y en el segundo: “...la prohibición de reformar la condena en perjuicio del apelante único no solamente es aplicable en materia penal, ni tampoco está limitada a las sentencias judiciales, sino que, por el contrario, cobija otras ramas del Derecho y se hace exigible en las actuaciones administrativas y particularmente en las disciplinarias, las cuales -se repite- son de clara estirpe sancionatoria”.

idoneidad de la acción, el incumplimiento de la obligación de pago de las obras adicionales, la liquidación del contrato³ entre otros aspectos que no son materia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

3. Las pruebas aportadas para demostrar los perjuicios

Al proceso se aportaron las siguientes pruebas con el propósito de acreditar el incumplimiento de la obligación de pago de las obras adicionales y los perjuicios que habría sufrido el demandante:

Documental:

3.1. El Contrato No. 1 – 093 celebrado el día 23 de octubre de 1995, entre el Distrito Capital – Secretaría de Obras Públicas y el actor señor Federico Saúl Sánchez Malagón, cuyo objeto fue la recuperación y el mantenimiento de la Transversal 10 este del kilómetro 0 más 155 a la calle 25 Sur Kilómetro 0 placa No. 27-58 sur, medidos hacia la calle 25 sur de Santafé de Bogotá, así como los documentos del proceso previo a su celebración (copias auténticas a fls. 181 a 187, 201 a 203, 322 a 345, cd. 2 pruebas). En dicho contrato, en su cláusula décima primera se segunda se señaló que: *“CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: OBRAS ADICIONALES: Cuando sea necesario ejecutar dentro del contrato obras adicionales, ellas serán pagada (sic) al CONTRATISTA con el precio unitario del contrato y de no estar convenido, se tomará el precio adoptado por el S.O.P. para el semestre de ejecución del contrato.”*

3.2. La correspondencia cruzada (comunicaciones, oficios, notas, etc.) entre el contratista, el interventor, la Secretaría de Obras Públicas y la comunidad, relacionadas con la ejecución del contrato y en particular con la autorización, trámite y solicitud de la adición, así como el adelantamiento de las obras adicionales cuyo pago se reclaman (copias auténticas fls. 45 y ss. 172 y ss., 188 y ss., 252 y ss. , 257 y ss.), y que se relacionan y resumen en el oficio No PBH-313 de 26 de junio de 1996, suscrito por el Interventor (copias auténticas a fls. 252 a 256 348 a 352; originales a fls. 367 a 374 cd. 2 pruebas).

³ De todas formas obsérvese que el juez a quo encontró con documentos auténticos que se relacionarán el acápite siguiente el Contrato No. 1 – 093 celebrado el día 23 de octubre de 1995, entre el Distrito Capital – Secretaría de Obras Públicas y el actor señor Federico Saúl Sánchez Malagón; la autorización del interventor para realizar las obras adicionales necesarias para la utilidad de la obra contratada y la construcción y recibo de las mismas.

3.3. Las actas números 1 de 27 de noviembre de 1995 de iniciación de obra; 2 de 3 de enero de 1996 de recibo parcial de obra; 3 de 4 de enero de 1996 de suspensión de obra; 5 de 22 de julio de 1996 de mayor cantidad de obra; 6 de 22 de julio de 1996 de recibo final de obra; y 7 de 8 de agosto de 1996 de liquidación del contrato (copias auténticas a fls. 9 a 39, 139 y ss., 205 a 303 cd. 2 pruebas).

En la última acta enunciada (visible a fls. 28 a 39, 167 a 168, y 211 a 212 *ídem*), en la que se liquidó el contrato No. 1- 093/95, suscrita por el interventor, el contratista y el Secretario de Obras Públicas, en el punto 3, se consignaron las cantidades de obra ejecutada por fuera del objeto y alcance físico del mismo, de acuerdo al esquema de localización adjunta a ese documento por un costo directo de \$4,825,524.47; AIU 30% por \$1,447,657.34; para un valor total de obra ejecutada de \$6,273,181.81, y se dejó la siguiente constancia por parte del contratista:

“Nota: El CONTRATISTA deja constancia de que firma la presente liquidación reservándose el derecho de reclamar, bien directamente o bien judicialmente, el pago de las obras ejecutadas por fuera del objeto del contrato y que se determinan en esta liquidación, correspondientes al área del numeral 1 (Paradero de Buses, ubicado en la Transversal 10 Este, con Cl. 27 Sur) del esquema de localización anexo a la liquidación, por valor total actual de \$6.273.181.81, ya que tales obras fueron ejecutadas a solicitud de la entidad.”

Es decir, el contratista firmó el acto de liquidación con la salvedad anotada (sugerida por la propia entidad demanda, según Oficio No. 115-330 de 18 de julio de 1996, suscrita el Jefe de la División de Interventoría, cuyo original reposa a fl. 124 cd. 2), según la cual se reservaba el derecho a reclamar, bien directamente o judicialmente, el pago del valor de las obras adicionales por haber sido ejecutadas a solicitud de la entidad.

3.4. Oficio No. 3168 de 19 de diciembre de 1997, suscrito por la Coordinadora Jurídica de la Secretaría de Obras Públicas de la Alcaldía Mayor de Bogotá (original a fl. 138 cd. 2 pruebas), y dirigido al Tribunal *a quo*, con el fin de atender los requerimientos de información realizados durante el proceso en relación con el contrato de obra, en los siguientes términos:

“En cuanto a la Oficio No. 1, se certifica que conforme a los documentos existentes que se ejecutaron unas obras por fuera del objeto contratado, obras que fueron autorizadas conforme al Oficio de

13 de marzo de 1996, emitido por la firma interventora, con el que informó al contratista que se había tramitado la Adición y por lo tanto se debían adelantar los trabajos correspondientes, obras esta que adelantó el contratista, determinadas en el Acta No. 6 de Recibo Final de Obras, habiéndose recibido a satisfacción por parte de la Secretaría de Obras Públicas.”

3.5. Certificación de fecha 12 de febrero de 1997, suscrita por el Secretario de la Oficina Carrera Décima del Banco de Occidente, sobre un préstamo por cartera ordinaria adquirido por el actor Federico Saúl Sánchez Malagón, número de obligación 200-01-96-00037-0, otorgado el día 12 de julio de 1996, por un valor inicial de \$2.000.000.00, saldo \$1.000.000.00, y cobro de intereses a esa fecha por un valor de \$406.049.17 (original fl. 105 cd. 2 pruebas aportado con la demanda).

3.6. Certificación de 5 de diciembre de 1997, suscrita por el Subgerente Comercial del Banco de Occidente, Sucursal Carrera Décima, del Banco de Occidente, sobre un préstamo por cartera ordinaria adquirido por el actor Federico Saúl Sánchez Malagón, el 11 de agosto de 1997, por un monto inicial de \$3.000.000, de los cuales había cancelado \$2.000.000, más intereses calculados a la tasa del 33% trimestre anticipado, con vencimiento al 7 de febrero de 1998, saldo de \$1.000.000 y cobro de intereses a esa fecha por \$330.000 (oficio original No. SGCD-508-97 a fl. 346 cd. 2 pruebas remitida por solicitud del Tribunal *a quo*).

3.7. Copia de la comunicación dirigida al apoderado del actor por el señor Hernando Tarazona, de 3 de febrero de 1997, en la que manifiesta que en el mes de marzo de 1996, le había realizado al señor Federico Saúl Sánchez Malagón un préstamo por \$6.000.000, con un interés mensual del 5%, valor que se viene cancelando en los tres primeros días de cada mes, los cuales serían utilizados, según le informó aquél, en la finalización de una obra civil (copia del documento privado a fl. 107 cd. 2 pruebas, cuyo contenido y autoría fueron reconocidos por el citado señor en declaración a fl. 362 *ídem* rendida ante el *a quo* el 27 de marzo de 1997).

Testimonial:

3.8. El señor Pablo E. Bocarejo, en su calidad de interventor del contrato, declaró que durante la ejecución del mismo se hizo necesario ejecutar las mayores cantidades de obras que constan en el acta No. 7 de liquidación de 8 de agosto de

1996, para que no quedara inconcluso el objeto contractual, y de las cuales, afirmó, tenía conocimiento la Administración, quien las había autorizado en el comité de obras del 28 de febrero de ese año y que fueron recibidas según actas Nos. 5 y 6 de 22 de julio de 1996, dándose por enterado en esa diligencia que aún no le habían sido pagadas al contratista (fls. 353 a 355 cd. 2 pruebas).

3.9. La señora Clara Villate de Mejía, en su condición de Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad demandada para la época de los hechos debatidos, manifestó en diligencia testimonial que para pagar las obras adicionales a las inicialmente contratadas era necesario seguir un procedimiento establecido tanto en la Ley 80 de 1993, como en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, con la aprobación previa del representante legal y la disponibilidad presupuestal correspondiente, lo cual no ocurrió en el caso del señor Sánchez Malagón, porque el interventor hizo la solicitud de adición el 26 de junio de 1996, cuando ya se había ejecutado el contrato, de manera que no se podían reconocer hechos cumplidos y esa fue la razón por la cual no se pagaron, aun cuando, agregó que *“Si existen mayores cantidades de obras éstas les serán pagadas”* (fls. 356 a 359 cd. 2 pruebas).

3.10. El señor Ismael Hernando Tarazona Suárez, señaló en su versión (fls. 361 a 362 cd. 2 pruebas) que el 15 de mayo de 1996 le había realizado un préstamo al actor Federico Saúl Sánchez Malagón por la suma de \$6.000.000; y otro el 15 de julio de ese año por \$2.000.000, con un interés normal bancario, pero, *“por cuenta de él, (...) me reconoce (...) dos punticos más”*; lo anterior, porque le comentó que estaba haciendo una obra en el sur (no recuerda la dirección) y necesitaba esa plata para terminarla. Afirmó que a la fecha de la diligencia -27 de marzo de 1997- aquél no le había pagado el capital ni los intereses de la deuda, aunque conocía que era muy cumplido, razón por la cual le había prestado, pues, además, no era la primera vez que lo hacía. A la pregunta de si conocía que el actor hubiese tenido situaciones de angustia, stress, preocupación o si le había comentado que tenía problemas familiares o profesionales por la carencia de dinero, respondió:

“Claro que lo (sic) he notado (sic) cantidad de problemas debido a ésta razón porque yo lo he venido acosando, ya que yo he estado necesitado (sic) el dinero con mucha urgencia y yo lo he estado acosando para que me cancele y él me ha comentado la cantidad de problemas económicos que ha tenido inclusive con el colegio y la universidad de los hijos, y lo he notado angustiado, stresado (sic), e inclusive ha estado enfermo debido a esta situación.” (fl. 362 *ídem*).

3.11. El señor Carlos Arturo Ruíz Novoa, miembro de la Junta de Acción Comunal del Barrio San Pedro – Sur Oriental, rindió declaración en la que indicó que le hizo un seguimiento a las obras y que estuvo en la entrega de las mismas; en su opinión, la obra fue muy controlada y estuvo bien hecha. Además, manifestó que la comunidad había solicitado por escrito las obras adicionales y que las mismas fueron ejecutadas a satisfacción de la comunidad por el ingeniero Sánchez Malagón, quien le dijo que no se las habían pagado (fls. 364 a 366 cd. 2 pruebas).

4. Los perjuicios por el incumplimiento de la obligación de pago reclamados por el actor

En el proceso se demostró, materia que no se controvierte en esta instancia dado que no es asunto del recurso de apelación, que fueron ejecutadas unas obras adicionales a las contempladas en el Contrato No. 1-093 de 1995, por valor de \$6.273.181.81, las cuales, aunque fueron autorizadas y quedaron discriminadas en el acta de liquidación No. 7 de 8 de agosto de 1996, dejando la respectiva salvedad el contratista acerca de la reclamación del pago de su valor⁴, no fueron reconocidas ni canceladas por la entidad demandada, motivo por el cual el juez *a quo* la condenó a pagar el valor actualizado adeudado por concepto de esas obras más los intereses legales.

En este sentido, a partir del anterior incumplimiento, el demandante y ahora recurrente pretende: (i) el reconocimiento y pago del valor de esas obras adicionales ejecutadas (\$6.273.181.81)⁵; (ii) el reconocimiento del valor de los intereses comerciales legales y moratorios causados al momento de la presentación de la demanda de la suma adeudada, desde el 10 de abril de 1996, fecha de terminación real de la obra ejecutada y entregada, hasta el momento del

⁴ Y, por ende, tiene la precisión que la jurisprudencia ha exigido para que luego pueda prosperar una demanda judicial de pago de prestaciones surgidas con ocasión de la relación contractual cuando se realiza la liquidación bilateral del contrato, esto es, por mutuo acuerdo entre la Administración y su contratista, criterio según la cual si no se deja salvedad, reparo o reserva en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes en el acta en la que se vierte el negocio jurídico que extingue el contrato, no es posible luego reclamar en vía judicial o extrajudicial las pretensiones que la otra parte no acepte, pues cierra, en principio, el debate de las mismas, a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza, o dolo) que se haya presentado en el mismo momento de su firma. Vid. Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se citan las siguientes: Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992; exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208. Sentencia de 16 Febrero de 2001, Exp. 11.689, reiteradas. entre otras, sentencias de 11 de febrero de 2009, Exp. 15757, 7 de octubre de 2009, Exp. 18496.

⁵ Pese a que en relación con este aspecto como se puede advertir de los antecedentes y se explicará más adelante existió pronunciamiento expreso del Tribunal *a quo* en la sentencia.

pago efectivo total de la suma citada, más los intereses legales, comerciales y moratorios desde el día de la presentación de la demanda hasta el día del pago total; (iii) el reconocimiento y pago de perjuicios materiales concomitantes, posteriores y futuros ocasionados por el no pago oportuno; (iv) el reconocimiento y pago por concepto de perjuicios morales, concomitantes, posteriores y futuros ocasionados por el no pago oportuno; (v) la actualización de las sumas de dinero cuyo reconocimiento y pago se ordene; y (vi) la condena en costas.

Así las cosas, como quiera que el asunto examinado involucra una obligación insatisfecha de pagar una suma de dinero por parte de la entidad demandada, la Sala estima pertinente realizar las siguientes reflexiones:

5. Incumplimiento de obligaciones dinerarias e indemnización de perjuicios

5.1. La inobservancia o violación de los principios "*lex contractus, pacta sunt servanda*" y buena fe en la ejecución de contratos, consagrados positivamente en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional, y en tal caso, la ley impone el deber de reparar integralmente a la parte cumplida el daño causado, y para ello la faculta para exigir las obligaciones insatisfechas y defender los derechos que emanan del contrato en procura de satisfacer el objeto primario del mismo o, en su defecto por no ser éste posible en el tiempo (causa oportuna), su equivalente, y obtener el resarcimiento de todos los perjuicios sufridos.

En tal virtud, los efectos del incumplimiento contractual por violación a la ley del contrato concretamente consisten en que, de una parte, el deudor incumplido queda expuesto a ser compelido o constreñido judicialmente a cumplir con su objeto o su equivalente y a indemnizar los daños y perjuicios y, de otra parte, surge el derecho correlativo del perjudicado a obtener ante el juez del contrato la realización de la prestación debida de ser ello posible o perseguir su subrogado y el resarcimiento por la lesión o perturbación a su derecho de crédito.

Con todo, para que exista una responsabilidad contractual, no basta el simple incumplimiento de la obligación contractual o legal (comportamiento culposo del agente que genera la responsabilidad), sino que es menester que el demandante

haya sufrido un daño, entendido como la lesión, quebranto o menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extramatrimonial, y el cual para que sea indemnizado debe ser cierto y no eventual o hipotético.

En el ámbito de la responsabilidad contractual de la Administración Pública, en aplicación del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política⁶ en concordancia con el artículo 50 de la Ley 80 de 1993⁷, cuando ella incumple sus obligaciones “...*el contratista del Estado tiene derecho a que la administración le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como una disminución patrimonial (daño emergente), como los que se traducen en la privación de las utilidades o ganancias que esperaba percibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante)*...”⁸, daño contractual o lesión del derecho de crédito que debe ser cierto, particular y concreto, no eventual ni hipotético, tener protección o tutela jurídica y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso con las pruebas que reposen en él.

Ese daño contractual o menoscabo al derecho de crédito debe ser indemnizado plenamente, dado que, como señala la doctrina, “...*se debe reparar el daño y nada y nada más que el daño, por lo cual se destaca la importancia que en este terreno tienen las pruebas, pues se requiere certidumbre de la realidad del perjuicio y de su cuantía, para así proferir las condenas pertinentes*...”⁹. “...*La explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin causa a favor de la “víctima”, si el daño se indemniza por*

⁶ Que consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de la cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; disposición que, como lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sección, no sólo establece la responsabilidad patrimonial en el ámbito extracontractual, sino que consagra un régimen general, según el cual la noción de daño antijurídico, entendido como “*el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo*”, es aplicable en materia pre-contractual y contractual del Estado y, por tanto, fundamenta la totalidad de su responsabilidad patrimonial.

⁷ “Artículo 50. De la responsabilidad de las entidades estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.

⁸ Cfr. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 febrero de 2002, Exp. 14.112.

⁹ Hinestrosa, Fernando, Curso de Obligaciones (Conferencias), Segunda Edición, 1961, Universidad Externado de Colombia, Pág. 335.

debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima..."¹⁰ Por eso, en materia de indemnización del daño resarcible rigen los principios de la reparación integral y de equidad¹¹.

En desarrollo de lo anterior, a términos del artículo 1613 del Código Civil, la indemnización de perjuicios o, mejor aún, el daño material comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento¹², modalidades definidas en el artículo 1614 *ibídem* así:

“Artículo 1614.- Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento...”

Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que el daño emergente (*dammun emergens*) es la disminución patrimonial inmediata a causa del hecho que se juzga, representada en la pérdida de elementos económicos bien por los gastos que ellos significaron en su adquisición, ora por los desembolsos futuros para recuperarlos o enmendarlos, incluso, por la constitución de un pasivo, es decir, un empobrecimiento debido a que un bien salió o saldrá del patrimonio. 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. Tanto el daño emergente como el lucro cesante, pueden a su vez, sin que dejen de serlo, presentar las variantes de consolidado y futuro, de acuerdo con el momento en que se haga su valoración.

Por lo tanto, celebrado el contrato, las partes deben cumplirlo en todo cuanto corresponda a sus elementos esenciales, naturales y accidentales, y el incumplimiento del mismo, por inexecución total, tardía o defectuosa de las

¹⁰ Heno Pérez, Juan Carlos, El Daño, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1998, Pág. 45.

¹¹ “Artículo 16. valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

¹² Artículo 1613 C.C. “(...) Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.”

obligaciones que emanan de él, es una infracción sancionada por el ordenamiento jurídico (arts. 1494, 1495 y 1498 del C.C.), porque el contrato es ley para las partes y el mismo debe ser ejecutado de conformidad con lo convenido y de buena fe (arts. 1602 y 1603 del C.C.), so pena de que quien lo infringe se encuentra en el deber de reparar los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) que con su conducta incumplida ocasione a su cocontratante.

5.2. Las anteriores reflexiones son aplicables al incumplimiento de las obligaciones dinerarias, pecuniarias o monetarias, esto es, aquellas obligaciones de género que tienen por objeto prestaciones de dar o entregar sumas de dinero, bien consumible y fungible, *“considerado éste por su valor de cambio, o sea, medio idóneo para adquirir toda clase de cosas o remunerar toda especie de servicios”*¹³, y, por tanto, obligaciones regidas bajo la máxima *“genera non pereunt”* -los géneros no perecen-, según la cual el deudor de la cosa no puede pretenderse liberado con el pretexto de que la cosa pereció porque *“siempre habrá en alguna parte del mundo la cantidad suficiente de este especie para que pueda tener lugar su entrega”*¹⁴, establecida como regla en el artículo 1567 del Código Civil, por cuya inteligencia *“[l]a pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o las destruya mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe.”*

De acuerdo con jurisprudencia reiterada de la Sala, los perjuicios causados a un contratista como consecuencia del incumplimiento de la Administración de la obligación de pago del valor del contrato, son indemnizados con la actualización del capital debido a título de daño emergente y con el reconocimiento de intereses desde el momento en que se incurre en mora de cumplir con aquella obligación y hasta que ella se satisfaga a título de lucro cesante¹⁵, conceptos que no son incompatibles sino complementarios, en tanto el primero evita la desvalorización de la moneda, esto, la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo y ante el índice de inflación, mientras el segundo tiene por objetivo sancionar la mora del deudor y, por ende, reparar el daño ocasionado por ésta.

¹³ Cfr. ALESSANDRI, R. Arturo, SOMARRIVA U. Manuel, VODANOVIC H. Antonio, Tratado de las Obligaciones, Volumen III, Edt. Jurídica de Chile, 2da. edición, 2004, Pág. 65.

¹⁴ SOUCI, Gerard, La especificidad de pagar una suma de dinero, Revista Universidad Externado de Colombia, No.2 Agosto, 1984, Pág. 86.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 14.112, Providencia del 21 de febrero de 2002.

En relación con el primer aspecto, de tiempo atrás la jurisprudencia ha explicado que la actualización del dinero es desarrollo del principio de indemnización integral del daño, así:

“Pagar una suma actualizada- lo ha dicho la jurisprudencia de esta misma Sala- no implica ni pagar más ni enriquecer indebidamente al acreedor. Los mecanismos de la devaluación mantienen la obligación en los términos reales; vale decir, conservan el poder adquisitivo del peso en tal forma que hoy se le pague al acreedor una suma con un poder equivalente a la que tenía la suma que se quiere actualizar”¹⁶

O sea que la actualización monetaria, tiene por objetivo mantener o preservar la equivalencia o representación del valor real de la moneda entre el momento en que se adquiere y se hace exigible la obligación dineraria y el momento de su pago, compensando o corrigiendo el efecto o factor inflacionario transcurrido en ese lapso o período de tiempo.

También ha considerado la Sección que siempre que se trate de intereses puros dicho concepto no resulta incompatible con la actualización monetaria, por tener causas diferentes; y, *contrario sensu*, serán incompatibles cuando los intereses comerciales corrientes o de mora lleven ínsito el factor de corrección monetaria o de indexación por la desvalorización o devaluación de la moneda ante el fenómeno inflacionario, tal y como así lo explicó la Sala en Sentencia de 10 de mayo de 2001, Exp. 12.719:

“[S]e procederá a reconocer en su favor la indexación y los intereses remuneratorios, pues como lo ha señalado la Sección en repetidas oportunidades, éstos rubros “tienen causas diferentes: los intereses buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital, en tanto que la compensación por depreciación monetaria, según ZANNONI, se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufrirá menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño en signo monetario envilecido. **Se habla de intereses puros porque los bancarios corrientes llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario. De allí que no sería equitativo revaluar y cobrar esa clase de intereses.**”¹⁷

Así mismo, en cuanto a esta primera clase de perjuicios -daño emergente- en pronunciamiento de 24 de febrero de 2005, precisó la Sala que:

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 13 de mayo de 1988, Exp. 4303, y de 28 de octubre de 1994, Exp. 8092 C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 10 de mayo de 2001, Exp. 12.719, al reiterar las providencias de 20 de marzo de 1980, Exp. 1379 y de 26 de febrero de 1998, Exp. 10.813.

“...[C]onstituye el envilecimiento o depreciación monetaria que sufre la suma de dinero debida, por el sólo transcurso del tiempo, es decir que el daño emergente en tales casos está dado por los efectos de la inflación, que conducen a que esa suma debida corresponda, con el correr de los días y en términos reales, a un menor valor, de tal manera que pierde su poder adquisitivo; por ello, la manera de reconocer la indemnización de esta clase de perjuicio se da mediante la actualización o indexación de la suma debida de tal manera que, lo pagado en época posterior, equivalga en términos de poder adquisitivo de la moneda, a la suma debida desde una fecha pretérita...”¹⁸

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 renunciado¹⁹. Este precepto, claramente dispone que el “*deudor está en mora. 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo*

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. 21.120; C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁹ La mora es un concepto jurídico que involucra el hecho del retardo en el cumplimiento de una obligación y puede incluir o no el requisito de requerimiento o intimidación al deudor, de conformidad con los presupuestos de la norma del 1608 del Código Civil. En la obligación pura y simple esa conminación resulta necesaria; por el contrario, en la obligación a plazo, una vez vencido éste sin que se haya satisfecho el compromiso por el deudor, señala la citada norma civil que se incurre en mora, pues se aplica la regla general según la cual se entiende que éste ha sido interpelado desde la celebración del contrato (*dies interpellat pro homine*) que si no cumple la obligación dentro del plazo estipulado contractualmente o en la ley, es responsable de los perjuicios sufridos por el acreedor. Sobre este tema ver: HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, págs. 595 a 597. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 24 de septiembre de 1982., M.P. Héctor Gómez Uribe.

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”²⁰, disposición que ha permitido a la jurisprudencia sostener que:

“Por medio del cobro de los intereses moratorios se pretende indemnizar al acreedor por los perjuicios que le causó el incumplimiento del deudor, en el pago de una suma de dinero, perjuicio que se presume y cuya cuantía no está en el deber de demostrar, sea porque se pactaron entre las partes, o porque se aplica la regulación legal.”²¹

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 ley²², 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 adeudado²³.

²⁰ El perjuicio que resulta de la mora consiste en que el acreedor habrá quedado privado temporalmente de la suma de dinero con la cual contaba en la fecha en que debía ser ejecutada la obligación de pagar. Desde el momento en que el deudor se encuentra en mora, el acreedor tiene derecho a exigir la reparación del perjuicio que resulte de la mora sin probar su existencia. En otras palabras se presume la existencia del daño por el solo hecho de haber comprobado la mora en la ejecución. La ley ha establecido que los daños y perjuicios por el retardo en el pago de una suma de dinero son los intereses de mora (Cfr. Larroumet, Cristian, Teoría General del Contrato, Vol. II. Pág. 76.)

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de julio de 1999. Exp. 16459. Actor: Estruco S.A. Ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández; Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos de 3 de junio de 1997 (Consulta N° 1.141 de mar. 29/77), 10 de agosto de 1987 (Consulta N° 115); Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 13 de mayo de 1988, (exp. 4303), 28 de octubre de 1994 (exp. 8092), 29 de abril de 1999 (exp. 14.855), 17 de mayo de 2001 (exp. 13.635); octubre 9 de 2003, Ponente, Alíer Hernández Enríquez, Expediente 13.412.

²² “La contratación administrativa merece tanto o más respeto que la privada, pues el Estado y todos los demás centros de imputación jurídica están obligados a dar ejemplo en el cumplimiento de sus respectivos deberes jurídicos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1 de Septiembre de 1988, Exp. 3762, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2006, Exp. 68001-23-15-000-1998-01597-01 (24.812), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

5.3. De cuanto antecede es válido colegir que cuando la obligación incumplida es la de pagar una cantidad de dinero, la ley presume la existencia del daño, sin que el acreedor tenga la carga de probarlo, toda vez que éste se ocasiona desde el momento en que el deudor debió cumplir con el pago de la deuda y lo omitió, razón por la cual, tanto en el derecho privado (Código Civil y Código de Comercio) como en el público (Ley 80 de 1993) se consagra que la indemnización de perjuicios ante el incumplimiento del pago oportuno de una cantidad de dinero se traduce en el reconocimiento de intereses de mora²⁴. Con otra palabras: *“...si la Administración incumple con la obligación principal del contrato – pagar oportunamente el valor convenido- debe reconocer los perjuicios moratorios que causó con su incumplimiento, esto es, los intereses moratorios, a la tasa que pactaron las partes o a falta de pacto, la que la ley suple, los cuales se presumen...”*²⁵

En este sentido, conviene recordar que los intereses son la utilidad, beneficio o renta que se puede obtener de un capital, y así concebidos se constituyen en los frutos civiles, las ganancias o las utilidades que se pueden percibir del dinero (art. 717 C.C.). Estos intereses²⁶ de acuerdo con la ley y según se trate de obligaciones civiles o mercantiles pueden ser: (i) convencionales, esto es, los que pactan en forma expresa las partes en el contrato (art. 1617 No. 1 Código Civil); (ii) corrientes, o sea, aquellos que común o usualmente se cobran en determinado mercado, lugar o plaza (arts. 513, 1367, 2171, 2182, 2184, 2318 y 2231 Código Civil; 884, 885, 1163, 1251 y 1388 Código de Comercio); y (iii) los legales, es decir, los tarifados y prefijados expresamente por el legislador (arts. 1617 No. 1, 2231, 2232 Código Civil; 883, 884, 885, 942, 1163 y 1251 Código de Comercio); así mismo, también se distinguen aquellos (iv) remuneratorios, que son los devengados en virtud de un crédito de capital por el tiempo en que el deudor está obligado a pagarlo o restituirlo, o sea, mientras lo mantenga en su poder y tiene el carácter meramente retributivo por el uso del dinero durante todo el término de su disfrute por parte del deudor (arts. 1617 No. 3, 2229, 2231, 2234 Código Civil; 883, 884, 1163 Código de Comercio); (v) moratorios que son los que el deudor debe

²⁴ Cfr. Arts. 1617 C.C.; 884, C.Co.; 4º No. 8 de la Ley 80 de 1993.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia de 21 de febrero de 2002, Exp. 14.112, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁶ Vid. OSPINA, Fernández, Guillermo, Régimen General de las Obligaciones, Ed. Temis, octava edición, 2005, Págs. 280 y ss. HINESTROSA, Fernando; Tratado de las Obligaciones; Universidad Externado de Colombia, 2002, Págs. 162 y ss.; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de agosto de 2008, Exp. No. 11001-3103-022-1997-14171-01.

pagar a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituye en mora de pagar ese capital al acreedor, y cuya tasa está prefijada por la ley de manera supletiva (arts. 1617 Código Civil y 65 Ley 45 de 1990), es decir, es la pena tarifada por la mora en que incurra el deudor en la entrega del dinero en la oportunidad debida al acreedor; y (vi) usurarios, esto es, aquellos que exceden la tarifa legal y son prohibidos y reprimidos (artículos 1617 No 3, 2235 Código Civil; 884 mod. art. 111, Ley 510 de 1999, 886 Código de Comercio; 64 No. 2 Ley 45 de 1990; Dec. 1454 de 1989; 121 No. 3 Dec. 663 de 1993; 305 Código Penal; 34 No. 3 Ley 1142 de 2007).

La Corte Suprema de Justicia a propósito del alcance del concepto de interés y la división entre remuneratorios y moratorios, en reciente pronunciamiento señaló:

“...Por interés, se entiende, la contraprestación por el uso o disfrute de cosa de género y la retribución, rédito, ganancia, rendimiento, provecho o porción equivalente *pro rata temporis* en dinero del valor del bien cuya restitución o pago se debe a futuro (intereses remuneratorios) y la indemnización o sanción impuesta en virtud del incumplimiento de la prestación (intereses moratorios), esto es, la “utilidad o beneficio renovable que rinde un capital”, “provecho, utilidad, ganancia”, “valor que en sí tiene una cosa” (Diccionario de la Real Academia Española), “precio por el uso del dinero” (T. P, FITCH, Dictionary Of Banking Terms, Barron’s, New York, 1990, p. 317), “la renta, utilidad o beneficio que rinde algún dinero, en virtud del contrato o por disposición legal”, “el beneficio o la cantidad que el acreedor percibe del deudor además del importe de la deuda” (J. ESCRICHE, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Librería de la Ciudad de Ch. Bouret, París, 1931), los frutos civiles (art. 717 Código Civil), la sanción, pena, reparación o indemnización por la mora (art. 1608 Código Civil).

En las obligaciones dinerarias, cuyo objeto *in obligatione e in solutione*, es el pago de una cantidad de dinero, interés, es el precio por el uso del dinero durante todo el término de su disfrute o, la pena por la mora, expresado siempre en una parte de su valor, ya por disposición legal, ora comercial hasta el límite normativo tarifado, suscitándose la inquietud concerniente a la generación de intereses sobre intereses, *rectius*, *anatocismo* (...), proscrito desde el derecho romano (...).

b) Los intereses remuneratorios retribuyen, reditúan o compensan el costo del dinero, el capital prestado en tanto se restituye al acreedor o el precio debido del bien o servicio mientras se le paga durante el tiempo en el cual no lo tiene a disposición, el beneficio, ventaja o provecho del deudor por tal virtud y el riesgo *creditoris* de incumplimiento o insolvencia *debitoria*. Por su naturaleza y función, requieren estipulación comercial (*accidentalía negotia*) o precepto legal (*naturalía negotia*), **son extraños a la mora e incompatibles con los intereses moratorios, pues se causan y deben durante el plazo o tiempo existente entre la constitución de la obligación y el día del pago o restitución del capital, son exigibles y deben pagarse en las**

oportunidades acordadas en el título obligacional o, en su defecto, en la ley, esto es, con anterioridad a la misma.

c) Los intereses moratorios, tienen un carácter eminentemente punitivo y resarcitorio, representan la indemnización de perjuicios por la mora, la presuponen, se causan *ex legge* desde ésta, sin ser menester pacto alguno -excepto en los préstamos de vivienda a largo plazo en los cuales no se presumen y requieren pacto expreso, art. 19, Ley 546 de 1999- ni probanza del daño presumido *iuris et de iure* (art. 1617 [2], Código Civil), son exigibles con la obligación principal y deben mientras perdure, sancionar el incumplimiento del deudor y cumplen función compensatoria del daño causado al acreedor mediante la fijación de una tasa tarifada por el legislador, la cual, si bien no es simétrica con la magnitud del daño, se establece en consideración a éste y no impide optar por la indemnización ordinaria de perjuicios ni reclamar el daño suplementario o adicional, acreditando su existencia y cuantía, con sujeción a las reglas generales. **A partir de la mora respecto de idéntico período y la misma obligación, estos intereses no son acumulables ni pueden cobrarse de manera simultánea con los remuneratorios, con excepción de los causados y debidos con anterioridad.** Producida la mora de la obligación principal sus efectos se extienden a la prestación de pagar intereses mientras no se cumpla lo debido.

d) Unos y otros se devengan *pro rata temporis* en proporción al plazo o tiempo y al capital, están sujetos a topes máximos normativos o tasas legales imperativas no susceptibles de sobrepasar, pudiéndose, sin embargo, estipular una tasa inferior.

e) Las partes, en ejercicio de la autonomía privada dispositiva, libertad contractual o de contratación, pueden acordar la tasa de interés remuneratorio y moratorio. Con todo, esta facultad está sujeta a limitaciones o restricciones normativas imperativas y no puede ejercerse *ad libitum* (...)"

f) En lo relativo a los factores de cálculo de la tasa del interés comercial, sea remuneratorio ("*bancario corriente*"), sea moratorio ("*una y media veces del bancario corriente*"), en el estado actual, las fórmulas metodológicas contienen el costo puro del dinero, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o inflación, **por lo cual, el interés remuneratorio comercial sirve al designio simultáneo de retribuir el capital debido a título de préstamo o precio de un bien o servicio, el riesgo de la operación y la desvalorización de la moneda y, el interés moratorio comercial, al propósito convergente de sancionar la mora del deudor, reparar los perjuicios derivados de ésta y mantener el poder adquisitivo del dinero, esto es, "incluye por principio el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero"** (cas. civ. 30 de mayo de 1996, CCXL, n. 2479, primer semestre 1996, 707; 19 de noviembre de 2001), por lo cual, no obstante la absoluta y elemental distinción entre los intereses y la corrección monetaria –que tampoco es del caso examinar en el *sub lite* y que de ninguna manera constituye daño, perjuicio resarcible, daño emergente, lucro cesante, ni se asimila siquiera por aproximación a estos conceptos, a la mora o a los intereses remuneratorios o moratorios y en rigor se sustenta en la simetría, equilibrio, paridad y

plenitud prestacional - ***“(...) cuando el pago, a manera de segmento cuantitativo, involucra el reconocimiento de intereses legales comerciales, no pueden los jueces, con prescindencia de toda consideración especial, ordenar igualmente el ajuste monetario de la suma adeudada, específicamente cuando los réditos que el deudor debe reconocer son de naturaleza comercial, puesto que, sean ellos remuneratorios o moratorios, el interés bancario corriente que sirve de base para su cuantificación (...), ya comprende, per se, la aludida corrección”*** (cas. civ. 19 noviembre 2001, Exp. 6094), o sea, la tasa de interés nominal comprende el costo del dinero, el riesgo de la operación y el índice de depreciación monetaria o inflación, esto es, no pueden acumularse en cuanto el cálculo de la tasa la contiene y no porque de suyo sean incompatibles, a diferencia de la tasa de interés real o interés puro, técnico o compensatorio del costo, precio o uso del dinero como el interés legal civil (C.C., art. 1617, num. 1º, inc. 2º, art. 2232, inc. 2º), que al no contener en su fórmula de cálculo la depreciación monetaria es acumulable con ésta, o sea, ***“nada obsta para que se disponga que el pago se realice incluyendo, además de dichos réditos, la corrección monetaria, pues en este evento la tasa en cuestión únicamente refleja el precio adeudado por el uso del dinero, sin miramiento a su poder adquisitivo”*** (cas. civ. 19 noviembre 2001, exp. 6094; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, Sentencias del 7 de marzo de 1980, exp. 5322; 6 de agosto de 1987, exp. 3886; 10 de mayo de 2001 – exp. 12719; 17 de mayo de 2001, exp. 13635; 7 de marzo de 2002, exp. 25000-23-26-000-1995-1425-01 [17785])...²⁷ (Negrilla ajena al texto).

De acuerdo con la anterior distinción, se observa que el artículo 1617 del Código Civil, señala que si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora, se sujeta a las reglas siguientes:

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

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de agosto de 2008, Exp. No. 11001-3103-022-1997-14171-01, M.P. William Namén Vargas. Sobre este último aspecto relacionado con la indexación también ha señalado esa Corporación, en Sentencia S-216 de la Sala Civil de 19 de noviembre de 2001, expediente 6094 que aunque “...ha registrado de tiempo atrás la necesidad de indexar -actualizar o revaluar- ciertas obligaciones que se ven afectadas por la inflación (cas. civ. de 24 de abril y noviembre 19 de 1979, entre otras, CLIX, págs. 107 y 321), a dicho reconocimiento no se le apareja que los Jueces puedan determinar libre y espontáneamente la manera como ese ajuste debe hacerse, pues al margen de las cláusulas que -según el caso- las partes válidamente pueden acordar con ese específico cometido, corresponde antes que todo verificar si el legislador, aun cuando no consagre expresamente el deber de corregir monetariamente determinada obligación, ha establecido una metodología especial que deba seguirse para preservar la capacidad de compra del dinero, ya que sólo en defecto de ella podrá el juzgador señalarla, claro está que con sujeción a los principios generales del derecho, como lo ha precisado de antaño esta Corporación. En otros términos, los mecanismos de revalorización de las obligaciones no pueden dejarse -en todos los eventos- al fuero del fallador, sino que deben responder, en línea de principio, a unas pautas o directrices de carácter legal o convencional que le confieran seguridad y certeza a las relaciones jurídicas...”

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

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

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.” (Negrilla ajena al texto original).

Es decir, la norma reproducida fijó el interés legal civil en el 6% anual y, por ende, constituye una tasa de interés pura, en la medida en que no incluye dentro de su cálculo el componente inflacionario o de actualización monetaria, razón por la cual resulta procedente el reconocimiento del interés legal civil junto la indexación de la suma debida, para resarcir la pérdida o merma del poder adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo.

A su vez, el artículo 884 del Código de Comercio (modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999), estableció:

“Artículo 884. [modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999]. 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.”²⁸ (Negrilla ajena al texto original).

Como se puede apreciar, el Código de Comercio en el artículo 884 reproducido, indica que en los negocios mercantiles el pago de réditos de un capital cuando las partes no hubiesen pactado el interés, éste será el bancario corriente, o sea aquel que surge del promedio cobrado por los Bancos por los créditos otorgados a los usuarios de su actividad, según certificación expedida por la Superintendencia Bancaria (ahora Financiera), cuya fórmula de cálculo contiene el costo puro del

²⁸ En armonía con esta disposición el artículo 65 de la Ley 45 de 1990 (que derogó el artículo 883 del Código de Comercio), establece: “ART. 65.- Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella. Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación.”

dinero, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o inflación, de manera que excluye la actualización de la suma adeudada, porque la tasa remuneratoria o la moratoria, según el caso, incluye ya el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Dicho de otra forma, y de acuerdo con la jurisprudencia y la norma citada (art. 884 C Co.), no es posible que se reconozcan los intereses legales comerciales corrientes remuneratorios o de mora además de la corrección monetaria, puesto que las tasas de las mismas ya aparejan la indexación de la moneda.

Por su parte, en lo atinente a los intereses sobre obligaciones dinerarias a cargo de la Administración con ocasión de la celebración de contratos estatales, la Ley 80 de 1993 dispuso lo siguiente:

“Artículo. 4º- De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...) 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios./”**Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.**” (Negrilla ajena al texto original).

Y en el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, se estableció la metodología para aplicar el anterior precepto legal, en los siguientes términos:

“Artículo. 1º- De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos.”

Esto significa que la norma de la Ley 80 de 1993, reglamentada en el Decreto 679 de 1994, fue concebida como un mecanismo de índole indemnizatoria para la preservación de la ecuación económica del contrato, ante el incumplimiento de la Administración de pagar dentro de los plazos estipulados el precio o suma de

dinero convenida en el mismo, con el propósito de sancionar la mora, reparar los perjuicios derivados de ésta y mantener el poder adquisitivo del dinero, razón por la cual la jurisprudencia ha advertido que “[e]ste modo de liquidación de los intereses que estableció la ley de contratación estatal sigue un lineamiento similar al de las obligaciones mercantiles, el cual se desprende de la actualización del capital que la norma incluye”²⁹.

Sin embargo, la Sala aclara en esta oportunidad que si bien al determinarse el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4º, numeral 8º de la Ley 80 de 1993, se aplica a la suma debida por cada año o fracción de mora el incremento del índice de precios al consumidor del año anterior, para luego sobre ese valor calcular la tasa de interés del 12%, es decir, que esta metodología de suyo comprende la corrección por desvalorización de la moneda para efectos de hallar el monto de los intereses, ello no resulta incompatible con los mecanismos de ajuste o actualización de precios, dado que por expresa disposición legal conservan plena aplicación³⁰, lo cual comporta que jurídicamente resulte viable reconocer igualmente el ajuste monetario del capital debido o indexación de la suma adeudada dentro de la indemnización integral que ordene el juez para resarcir el daño ocasionado al acreedor por el no pago oportuno de la obligación.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia de 21 de febrero de 2002, Exp. 14.112, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

³⁰ Bien comienza la norma señalando que los intereses en ella establecidos serán aplicables “sin perjuicio de la actualización o revisión de precios”. De otra parte, en la Exposición de motivos Proyecto de Ley No. 149 de 1992, se dijo: “...En relación con el reconocimiento de los intereses de mora que indudablemente constituye un factor importante en la preservación de la ecuación económica del contrato se prevé la posibilidad de que las partes estipulen, obviamente dentro de los límites legales, la tasa correspondiente que se aplicará en el evento en que las entidades no cancelen dentro de los plazos acordados las cuentas presentadas por los contratistas. Ahora bien, ante la ausencia de dicha estipulación, se dispone que la tasa de interés moratoria será la del doble del interés legal civil (12%), aplicada sobre el valor histórico actualizado, fórmula que se considera equitativa en la medida en que, de una parte, se preserva el poder adquisitivo de las sumas adeudadas al contratista a través de los mecanismos de indexación o de ajuste a valor presente y, de otra, impone a la entidad el pago de un porcentaje adicional al que corresponde al costo de oportunidad propiamente tal, con lo cual se reconoce el carácter sancionatorio de los intereses de mora, pero sin que ello implique una carga excesivamente onerosa para la entidad y correlativamente un factor de enriquecimiento para el contratista./ Cabe anotar que esta fórmula se encuentra dentro de los lineamientos de la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha reconocido en varios casos la actualización del valor histórico de las respectivas sumas y el pago de un interés equivalente al 6% (rendimiento puro) sobre dicho valor histórico, pero se aparta de dicha posición jurisprudencial en cuanto que, de una parte, se establece que los intereses deben liquidarse sobre el valor monetariamente actualizado en cuanto que resulta más equitativo frente a la realidad económica y, de otra, se fija como tasa moratoria supletiva el doble del interés legal o “rendimiento puro” (12%) para imprimirle así el carácter sancionatorio propio de los intereses de mora pero sin llegar, como se anotó, al extremo de imponer una carga excesivamente onerosa para las entidades que se traduciría en un enriquecimiento para los contratistas. /Conviene agregar sobre este aspecto que el reconocimiento de intereses moratorios en la forma indicada no resulta en modo alguno incompatible con los mecanismos de ajuste o actualización de precios, ya que por el contrario su aplicación se ha concebido sobre la base de que dichos mecanismos tienen plena operancia, lo cual confirma el sentido equitativo de la fórmula adoptada...” Cfr. Gaceta del Congreso No. 75 de 23 de septiembre de 1992.

5.4. Ahora bien, en el contencioso administrativo no ha sido pacífico el asunto relacionado con la tasa de interés de mora y la norma aplicable para dicho reconocimiento. En Sentencia de 9 de octubre de 2003, Exp. No. 3412³¹, se presentó la evolución jurisprudencial que ha tenido el tema así:

Inicialmente, ante la inexistencia de norma expresa en la legislación, se propugnó la tesis de que el Estado no debía pagar intereses de mora, para luego reconocer dicha posibilidad aplicando las normas comerciales (artículo 884 del C. de Co.), en particular para el evento en que el cocontratante tenía la calidad de comerciante y en la medida de que éste ejecutaba actos de naturaleza mercantil regidos por dicha normativa³².

Posteriormente, dado que el Decreto - Ley 222 de 1983 tampoco consagró una disposición que fijara la tasa de interés aplicable cuando resultara procedente castigar la mora en la que hubiera incurrido una entidad estatal, en virtud del incumplimiento de un contrato, se esgrimió la tesis de que no podían pactarse intereses de esta índole en aquellos contratos denominados administrativos, pero si podían reconocerse siempre y cuando se acudiera con tal propósito a la jurisdicción³³; sin embargo, en vigencia de dicho estatuto, esta Sección fue del criterio de su procedencia vía estipulación, o de la ley ante el silencio de las partes, para lo cual aplicó el artículo 1617 del Código Civil y el artículo 884 del Código de Comercio, según si el evento se podía enmarcar por la actividad, el objeto y la parte cocontratante en el régimen civil o mercantil³⁴.

Tiempo después, este reconocimiento de intereses moratorios y su tasa se recogió en el transcrito numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, en cuanto prescribió que sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios en los contratos que celebren las entidades estatales, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado. Es decir, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de octubre de de 2003, Exp. No.3412.

³² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 3 de junio de 1977 (Consulta No. 1.141 del 29 de marzo de 1977). Intereses que corresponderían a los pactados y que en ningún caso podían exceder los señalados en el artículo 884 del Código de Comercio.

³³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 10 de agosto de 1987 (Consulta No.115).

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 1988, Exp. 4303.

1993 en la contratación estatal la tasa del interés de mora aplicable en cada contrato que celebren las entidades sea civil o comercial, ante el silencio de las partes, es la establecida en esta disposición del Estatuto General de la Contratación Pública, y no la previstas en el Código Civil o el Código de Comercio, lo que no obsta para que puedan pactar expresamente éstas, siempre y cuando se respeten los límites impuestos en la ley, en cuanto al interés de usura, según lo explicó en su oportunidad esta Sección:

“Es preciso reiterar que si las partes lo consideran conveniente pueden acordar el pago de intereses moratorios de acuerdo a la legislación comercial, pero de no hacerlo, la única posibilidad es aplicar lo establecido en la norma mencionada. Con la entrada en vigencia de la ley 80 se reguló de manera integral la materia por lo que, ante la falta de estipulación de las partes, no es posible remitirse a la legislación comercial para aplicar la figura consagrada en el art. 886 del Código de Comercio (...). Para el 18 de octubre de 1995, fecha de presentación de la demanda, ya regía la ley 80 de 1993, la cual marcó un hito importante en la materia, toda vez que reguló los intereses moratorios en la contratación estatal en caso de no haberse pactado por las partes. (...) 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.”³⁵
(Negrilla ajena al texto original).

De otra parte, conviene mencionar que, en un primer momento, la Sección Tercera consideró que la disposición contenida en el numeral 8º del artículo 4 *ibídem*, era aplicable por razones de equidad a los contratos regidos por el Decreto – ley 222 de 1983³⁶, y que no hubieren sido definidos a la entrada en vigencia de la referida disposición legal -1 de enero de 1994-³⁷.

Sin embargo, luego modificó su postura inicial en el sentido de que era improcedente la aplicación de la citada disposición de la Ley 80 de 1993 para liquidar el interés de mora debido por una entidad estatal, en virtud del incumplimiento de un contrato celebrado antes de su vigencia, a menos que el

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de mayo de 2001, Exp. 13.635, que reitera sentencia de 28 de octubre de 1994, Exp. 8092.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1994, Exp. 8.092.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 29 de abril de 1999, Exp. 14.855, y de 17 de mayo de 2001, Exp. 13.635.

retardo se hubiera producido con posterioridad a la fecha en que la misma comenzó a regir, tesis que fundamentó en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado (No. 2), infracción que será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido, regla que además, ante el silencio de las partes, permite conocer si la norma vigente a la fecha en que se presente la mora de la obligación de pago de la entidad, es la establecida en el artículo 1617 del Código Civil o la señalada en el artículo 884 de Código de Comercio, dependiendo de que el objeto contractual o la actividad del cocontratante se rija por uno u otro régimen³⁸.

Igualmente, la Sala en desarrollo de esta última tesis observó que la mora es una infracción que se comete día a día y se causan intereses por cada día de retardo en el cumplimiento de la obligación, y no sólo en la fecha a partir de la cual se constituyó en ella el deudor, circunstancia ésta propia de la dinámica de este instituto jurídico que incide en los eventos de tránsito de legislación para la aplicación y liquidación de los intereses por tal concepto. Este fue el criterio adoptado en Sentencias de 11 de septiembre de 2003, Exp. 14781, 9 de octubre de 2003, Exp. No. 3412, y 29 de enero de 2004, Exp. 10779, en la segunda de las cuales dijo:

“[C]oncluye la Sala que, tratándose de contratos estatales celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en los que no se ha incluido estipulación alguna en relación con los intereses que deben pagarse en caso de incumplimiento, cuando la persona afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para ella de carácter mercantil, no existe justificación alguna para aplicar una tasa distinta a la regulada en el artículo 884 del C. de Co., a fin de sancionar la mora en que ha incurrido uno de los contratantes, aun cuando éste es una entidad estatal.

“Distinta, sin duda, es la situación en la que el contratista no tiene la condición de comerciante, o el contrato celebrado no tiene para él carácter mercantil, evento en el cual sería aplicable el artículo 1617 del Código Civil, o aquella en la que el contrato en el que se guardó silencio se celebró después de que la Ley 80 de 1993 comenzó a regir, o aun antes, siempre que la mora se hubiere presentado durante su vigencia, caso en el cual, según lo explicado, su aplicación estaría autorizada por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887...”

En síntesis, de acuerdo con el criterio jurisprudencial vigente, se tiene que:

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de octubre de 2003, Exp. No. 3.412.

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

(ii) Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la tasa del interés de mora aplicable en cada contrato que celebren las entidades públicas, ante el silencio de las partes, es la establecida en el citado numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, con independencia de que la actividad ejercida sea o no de carácter civil o comercial, sin perjuicio de que ellas puedan estipular otro tipo de tasa incluso la civil o comercial sin incurrir en interés de usura.

(iii) En los contratos celebrados por las entidades públicas con antelación a la Ley 80 de 1993, en los cuales no se pactaron intereses de mora ante el incumplimiento, la norma aplicable para sancionar a la parte incumplida y liquidar intereses de mora por el período anterior a su entrada en vigencia, será el artículo 884 del Código de Comercio, si la parte afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para éste de carácter mercantil (arts. 1, 10, y 20 y ss C. Co.); o el artículo 1617 del Código Civil si ninguna de las partes (contratista o entidad) tiene esa condición; y por el período posterior a la fecha de vigor de la citada Ley 80 de 1993, le será aplicable la establecida en el numeral 8º del artículo 4 *ibídem* para liquidar el interés de mora.

5.5. En conclusión, la entidad pública que se sustrae de pagar oportunamente el valor pactado del contrato, o sea, la obligación dineraria principal a su cargo, está en el deber de reparar los perjuicios materiales causados a través de una indemnización integral que comprenda el pago del capital actualizado de la deuda, así como de los intereses moratorios, a la tasa que convenida por las partes o, en defecto de estipulación expresa, a la tasa que fija la ley, los cuales no necesitan prueba porque se presumen.

5.6. No obstante, la jurisprudencia de la Sección ha sido enfática en señalar que bien puede el acreedor sufrir otros perjuicios por el incumplimiento del deudor de

la obligación de pagar oportunamente una suma de dinero, los cuales no se presumen, pero pueden ser reconocidos o indemnizados, siempre que se demuestren; así discurrió la Sala:

“...Cabría deducir que el reconocimiento de los intereses de mora excluye el reconocimiento de otros perjuicios, lo cual no es así, pues no es extraño que los perjuicios irrogados por la administración al contratista puedan tener un monto superior al que resulta del sólo reconocimiento de los intereses moratorios y de la ordenación del pago del capital actualizado. De ahí que el contratista tiene derecho al reconocimiento de perjuicios adicionales al pago de intereses moratorios cuando con éstos no se logre una reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998).

Ya la sala en la sentencia del 28 de octubre de 1994, Exp. 8.092 había señalado que *‘si el valor del contrato es pagado tardíamente, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses que constituyen la rentabilidad que la ley presume produce el dinero, y a la actualización de la suma debida, que responde al principio del pago integral de la obligación’*. Pero, **si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión de la obra, estos perjuicios deberán ser acreditados**. Ellos efectivamente serían de linaje contractual pues se originaron en el desarrollo del contrato, pero no son prestaciones pactadas en el contrato; **su ocurrencia y su monto no han sido previstos en él y por ende al actor le corresponde demostrarlos** cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos”.³⁹ (Negrilla ajena al texto original).

Coincidiendo con el anterior criterio, la Corte Suprema de Justicia ha expresado sobre el particular que:

“[E]l acreedor, entonces, cualquiera que sea la estirpe de la obligación: civil o comercial, tiene derecho a demandar, no sólo el reconocimiento de los perjuicios previamente cuantificados *-lato sensu-* por el legislador, sino también el de cualquiera otro daño que la mora de su deudor le hubiere generado, el cual queda situado al margen de la presunción consagrada por la ley respecto de los primeros, esto es en la periferia de los intereses, motivo por el cual ese daño mayor que se alega, debe ser acreditado en forma fehaciente”⁴⁰

En suma, de acuerdo con las jurisprudencias citadas, aunque se soliciten intereses de mora como indemnización de perjuicios por el incumplimiento en el

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 2002, Exp. 14.112, C.P. Ricardo Hoyos Duque; y Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. 21.120, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 19 de noviembre de 2001, Exp. 6094.

pago de sumas de dinero, la cual no sería inferior al interés legal, ello no es obstáculo para que también, al amparo del principio de la reparación integral del daño (arts. 16 Ley 446 de 1998, 1617 No. 2 C.C.), se pidan perjuicios superiores, mayores o complementarios, evento en el cual el acreedor debe probar su existencia y la falta de cobertura resarcitoria de los mismos a través de los intereses de mora.

6. La indemnización de perjuicios materiales solicitados por el demandante

El Tribunal *a quo* condenó -numeral 2 de la parte resolutive- al Distrito Capital de Bogotá, Secretaría de Obras Públicas, a pagar a Federico Saúl Sánchez Malagón la suma \$10.005.248.80, suma que incluye tanto el capital adeudado por las obras adicionales ejecutadas (\$6.273.181.81), la indexación de este valor (\$2'693.992,39) y los intereses legales (\$1.038.073.60). En efecto, esta condena se sustentó así:

“6. En el acta de recibo final de obra se dejó constancia de unas cantidades de obras ejecutadas fuera del objeto y del alcance físico del contrato por valor de \$6.273.181.81. En ella se liquida como cantidad de obra ejecutada y contratada la suma de \$48.612.852.55; como cantidad de obra ejecutada por contratos adicionales la suma de \$17.985.920.99.

En dicha acta al liquidar se suman estos dos últimos valores y da una cantidad de \$66.598.102.99, dejando por fuera de reconocimiento los \$6.273.181.81 a que nos referimos primero. (...) El reconocimiento de dicho valor será actualizado a precios de hoy, para ello tomaremos los índices de precios al productor para la época en que se ha debido cancelar, 8 de agosto de 1996, fecha de liquidación del contrato y la de esta sentencia, junio de 1999.

Aplicaremos la siguiente fórmula:

$$S = \frac{\text{índice de precios al productor para junio de 1999}}{\text{índice de precios al productor para agosto de 1996}} = \frac{364,28}{254,84}$$

$$\$6.273.181.81 \times \frac{364,28}{254,84} = 8'967.174.20$$

Se reconocerán intereses al 6% anual, entonces, si dicho valor, debía pagarse en agosto de 1996 a junio cursante año, han transcurrido 34 meses.

$$6.273.181.81 \times 34 \times 0.004867 = \$1.038.073.60$$

El valor a pagar al demandante por estos dos conceptos es la suma de diez millones cinco mil doscientos cuarenta y siete (sic) pesos con ochenta centavos (\$10.005.248.80).”

Conocido el texto fundamental de la providencia impugnada y examinadas las pruebas que reposan en el expediente, al aplicar los razonamientos expuestos al caso concreto, se tiene en materia de indemnización de perjuicios materiales lo siguiente:

6.1. El pago del valor de las obras adicionales ejecutadas

Para la Sala causa extrañeza que se censure la sentencia con el argumento de que no se ordenó a la demandada proceder al reconocimiento y pago de la suma de \$6.273.181.81, invertida por el contratista para financiar la ejecución de la obra del paradero de buses, cuya construcción y mantenimiento dejaron de pagarse, cuando quiera que el Tribunal *a quo*, como se puede advertir claramente del texto de la providencia impugnada, no sólo hizo el reconocimiento por el mencionado concepto, sino que condenó por el valor correspondiente en forma actualizada.

Por consiguiente, dada la condena que en concreto se hizo en la sentencia de primera instancia, no asiste razón al actor para atacarla por el aspecto anotado y, en consecuencia, al liquidar más adelante esta Sala los perjuicios solicitados no variará el criterio del juez *a quo* en relación con el pago del capital debidamente actualizado, adeudado por la ejecución de las obras adicionales, según quedó consignado en el Acta No. 7 de liquidación final del Contrato No. 1-093 de 1995, suscrita por mutuo acuerdo entre las partes y en la cual se reservó el contratista el derecho a reclamar el valor de las mismas.

6.2. El reconocimiento del valor de los intereses legales y de mora causados

Señaló el recurrente que en la sentencia de primera instancia impugnada se guardó silencio frente al reconocimiento de los intereses moratorios causados al momento de la presentación de la demanda.

Esta afirmación tampoco resulta exacta para la Sala, pues lo que realmente ocurrió es que el Tribunal *a quo* al liquidar los perjuicios en esta materia se guió por lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 1617 del Código Civil, o sea que al

capital adeudado sin actualizar aplicó la tasa de interés legal puro del 6% anual, sin percatarse de que el Contrato No. 1 – 093 se celebró el 23 de octubre de 1995, es decir, en vigencia de la Ley 80 de 1993, la cual ordena, en el numeral 8 del artículo 4, que en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

En tal virtud, en cumplimiento del aludido precepto de la Ley 80 de 1993, resulta procedente modificar la liquidación de los intereses moratorios, para calcular éstos con una tasa de interés del 12% anual sobre la suma del capital indexado, desde la fecha en que la obligación de pagar las obras adicionales ejecutadas por el actor se hizo exigible y la Administración incurrió en mora (8 de agosto de 1996, fecha de la liquidación del contrato sin reconocimiento y pago de las mismas).

6.3. El reconocimiento y pago de otros perjuicios materiales diferentes a los intereses de mora

Estimó el recurrente que existen pruebas en el expediente que soportan la pretensión que por perjuicios materiales concomitantes formuló por valor de \$25.000.000, los cuales básicamente hace consistir en las deudas que dice haber adquirido para financiar las obras adicionales cuyo valor no le fue cancelado por la entidad.

Contrario a lo sostenido por el actor, considera la Sala que no fueron demostrados dentro del proceso perjuicios materiales mayores, superiores o complementarios a los intereses de mora causados por la insatisfacción de la obligación de pagar las obras adicionales.

En efecto, para acreditar estos perjuicios, según se observó en el acápite correspondiente, se allegaron unas certificaciones del Banco de Occidente, en las cuales se hace constar que al actor, Federico Saúl Sánchez Malagón, le fueron otorgados dos créditos ordinarios por dicha institución financiera: el primero el 12 de julio de 1996 (fl. 105 cd. 2); y el segundo, el 11 de agosto de 1997 (fl. 346 cd. 2), por valor de \$2.000.000 y \$3.000.000, respectivamente. Con igual propósito, se adjuntó a la demanda copia de una comunicación dirigida al apoderado del actor por el señor Hernando Tarazona Suárez, en la que éste le manifiesta a aquél que, en el mes de marzo de 1996, le había realizado también al señor Sánchez Malagón un préstamo por \$6.000.000.

Para la Sala las pruebas aportadas no tienen el mérito para acreditar la circunstancia que precisamente se pretende demostrar, por lo siguiente:

En primer lugar, los citados documentos no dan razón de que los valores de las deudas adquiridas por el actor, fueron contraídas para poder realizar las obras adicionales cuyo valor reclama, o que hayan sido utilizados e invertidos efectivamente para concluir las mismas (relación causal); o, en otras palabras, no acreditan que las deudas estén directamente relacionadas con el cumplimiento del Contrato No. 1 – 093 de 1995 celebrado con el Distrito Capital – Secretaría de Obras Públicas.

En segundo lugar, llama la atención el hecho de que las deudas financieras asumidas por el actor por el sólo concepto de capital -sin contar los intereses convenidos- suman un total de \$11.000.000, cifra ampliamente superior a la que voluntariamente consignó como valor de reclamación por las obras adicionales en el Acta de Liquidación No. 7 de 8 de agosto de 1996 de liquidación del contrato (fls. 211 y 212 *ídem*), por \$6.273,181.81; de manera que, si éste es el valor real que implicó la financiación de las obras, ¿cómo se explica que adquiriera el contratista deudas por un valor sensiblemente superior para financiarlas?

En tercer lugar, se observa que la segunda deuda adquirida con el Banco de Occidente lo fue el día 11 de agosto de 1997, esto es, con posterioridad a la finalización y liquidación del Contrato No. 1 - 093 de 1995, que, como se dijo, ocurrió el 8 de agosto de 1996, con la suscripción de la prenombrada Acta No. 7, de donde resulta evidente que entre ese préstamo financiero y la ejecución de las obras adicionales no existe una relación material ni temporal, lo cual permite colegir la absoluta falta de idoneidad de la prueba aportada para la demostración de perjuicios materiales distintos a los intereses moratorios.

Pero aún más, esa falta de conexidad o relación causal se vislumbra con todas las deudas si se tiene en cuenta que de acuerdo con lo afirmado en la demanda el actor reconoce que la fecha de terminación real de las obras ejecutadas y entregadas fue el 10 de abril de 1996, lo que significa que, como todas ellas se habrían adquirido con posterioridad a esta fecha (15 de mayo, 12 y 15 de julio de 1996; y 11 de agosto de 1997), desde el punto de vista temporal no era posible que se hubiesen utilizado los valores de las mismas para realizarlas o terminarlas.

En cuarto lugar, se presenta una inconsistencia o contradicción palmaria entre lo consignado en la comunicación de fecha 3 de febrero de 1997, dirigida al apoderado del actor por el señor Hernando Tarazona Suárez (fl. 107 cd. 2), y la declaración rendida por éste el 27 de marzo de 1998 dentro del proceso -por demás sospechosa como se explicará más adelante al evaluar la procedencia de los perjuicios morales-, toda vez que, mientras en el citado documento manifestó que el préstamo realizado al actor fue en el mes de marzo de 1996, por valor de \$6.000.000, en su versión señaló que no fue un solo préstamo sino dos, el primero realizado el 15 de mayo de 1996 por la suma de \$6.000.000 -o sea ya no en marzo-; y el segundo, el 15 de julio de ese año por \$2.000.000 -o sea el total de la deuda no era de \$6.000.000 sino de \$8.000.000- (fls. 361 a 362 cd. 2 pruebas).

Adicionalmente, en su testimonio el señor Tarazona no da cuenta de que esos valores que dice haberle prestado al actor, los que dicho sea de paso no están respaldados en el informativo con algún contrato escrito de mutuo o letras o pagarés, etc., con los cuales se puedan analizar, hayan sido invertidos en la construcción de las obras adicionales, en tanto manifestó que el actor simplemente le había comentado que estaba haciendo una obra en el sur y que necesitaba esa plata para terminarla, pero no recordó la dirección de la obra ni indicó circunstancias de tiempo, modo o lugar de su dicho, que permitiesen determinar de qué obra por culminar realmente se trataba.

En fin, para la Sala las contradicciones, las vaguedades y la falta de precisión y exactitud de las afirmaciones realizadas por el señor Hernando Tarazona Suárez, le restan credibilidad, veracidad y mérito tanto al documento que expidió como al testimonio que rindió dentro del proceso, para demostrar otros perjuicios materiales por sumas que alcanzan, según la aseveración del actor pero sin respaldo probatorio alguno, la suma de \$25.000.000.

Por lo expuesto, advierte la Sala que las pruebas aportadas a lo sumo únicamente servirían para verificar la existencia de unas supuestas deudas a cargo del actor con terceros, pero, en tanto de ellas no se desprende que esas deudas estén directamente relacionadas con la realización o terminación de las obras adicionales materia del proceso, esto es, de que realmente tuvieran por objeto solventar económicamente al contratista Federico Saúl Sánchez Malagón para atenuar el incumplimiento de la Administración de pagarlas, es claro que no existe

prueba de los daños económicos alegados; y, menos aún, acreditan su autonomía de perjuicio patrimonial, en el sentido de que no queden resarcidos con las actualizaciones y el reconocimiento de intereses moratorios que se solicitan y a cuya liquidación se procederá más adelante, motivos por los cuales esta pretensión no puede prosperar.

Finalmente, es menester puntualizar que el actor no cumplió con la carga probatoria que le era exigible (art. 177 C. P. Civil) en este aspecto, pues, además de las deficiencias y falta de idoneidad de las pruebas evacuadas en el proceso por petición suya, ni siquiera solicitó la práctica de un dictamen pericial para probar la existencia de otros perjuicios materiales diferentes a los intereses moratorios, de manera que olvidó la máxima de que toda pretensión indemnizatoria de naturaleza contractual, para su reconocimiento judicial, requiere la demostración del perjuicio.

6.4. La actualización de las sumas de dinero cuyo reconocimiento y pago se ordenen

Solicitó el actor que todas las sumas que sean reconocidas se paguen debidamente actualizadas, teniendo en cuenta la desvalorización monetaria o pérdida del valor del poder adquisitivo de la moneda (corrección monetaria), y que en materia de intereses se tenga en cuenta la certificación de la Superintendencia Bancaria que atan a la demandada en esta materia.

A este respecto, ya explicó la Sala que ante el incumplimiento de la obligación dineraria principal de la Administración, se deben reparar integralmente los perjuicios materiales causados mediante el pago del capital actualizado de la deuda, así como de los intereses moratorios, que en este evento, se rigen por el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, los cuales no necesitan prueba porque se presumen.

6.5. La reliquidación de la indemnización de los perjuicios materiales

En el anterior orden de ideas, la Sala modificará la liquidación de la condena, con el fin de adaptarla a las consideraciones expuestas en precedencia. Así, dado que en el contrato las partes no estipularon intereses moratorios, se debe dar aplicación a lo contemplado por el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y

por el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, de suerte que es procedente en este caso la acumulación de los intereses moratorios y la actualización, en los siguientes términos:

6.5.1. Por concepto de daño emergente, la suma adeudada por el ente demandado de \$ 6'273.181,81, valor de las obras adicionales ejecutadas por el contratista, que se actualizará con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, con el objeto de salvar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda determinado por el tiempo transcurrido y la fecha de esta condena⁴¹, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$V_h = \$ 6'273.181,81$$

Índice inicial = IPC vigente para la fecha en que se debió cancelar la suma.

Índice final = IPC vigente a la fecha de la presente sentencia.

$$V_p = \$ 6'273.181,81 \times \frac{103,81 \text{ (marzo/2010)}}{36,56 \text{ (agosto/1996)}}$$

$$V_p = \$ 17.812.335,98$$

6.5.2. Por concepto de lucro cesante los intereses de mora causados desde que la obligación se hizo exigible y se constituyó en mora el deudor y hasta la fecha de esta providencia, con aplicación del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

La Ley 80 de 1993 establece que se debe actualizar el valor de la obligación principal, con base en el índice de precios al consumidor por el período de la mora de la Administración y, luego se procede a calcular los intereses a la tasa del 12% anual sobre el valor histórico de la obligación debidamente actualizado, que

⁴¹ Como es conocido, el índice de precios al consumidor, IPC, es un indicador que refleja los cambios y variaciones de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios que consume la mayoría de la población, y se constituye en el principal instrumento para medir la inflación, el aumento del nivel general de precios y la desvalorización de la moneda; por ello, la aplicación del IPC se erige en un mecanismo que ajusta la cantidad de moneda que ha de pagarse en virtud de una obligación dineraria, con el fin de preservar la equivalencia del valor de cambio de la suma original para la fecha en que la obligación se hizo exigible y se dispuso su pago efectivo.

corresponde al doble del interés legal civil (No. 8, art. 4 *ibídem*), de conformidad con la metodología establecida en el artículo 1º del Decreto 679 de 1994, según la cual, se debe aplicar a la suma debida por cada año de mora el incremento de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior, o por fracción de año en caso de que no haya transcurrido un año completo, tal y como se determinan en el siguiente cuadro:

Intereses moratorios

Fecha inic	Fecha final	Valor	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR AJUSTE	Capital Actualizado	Intereses
01/08/1996	31/12/1996	\$6.273.181,81	30,18	31,24	1,035123	\$6.493.512	\$324.675,61
31/12/1996	31/12/1997	\$6.493.512,25	31,24	38,00	1,216389	\$7.898.638	\$947.836,62
31/12/1997	31/12/1998	\$7.898.638,46	38,00	44,72	1,176842	\$9.295.450	\$1.115.454,04
31/12/1998	31/12/1999	\$9.295.450,32	44,72	52,18	1,166816	\$10.846.078	\$1.301.529,33
31/12/1999	31/12/2000	\$10.846.077,76	52,18	57,00	1,092373	\$11.847.958	\$1.421.754,92
31/12/2000	31/12/2001	\$11.847.957,69	57,00	61,99	1,087544	\$12.885.174	\$1.546.220,84
31/12/2001	31/12/2002	\$12.885.173,64	61,99	66,73	1,076464	\$13.870.425	\$1.664.450,98
31/12/2002	31/12/2003	\$13.870.424,86	66,73	71,40	1,069984	\$14.841.126	\$1.780.935,11
31/12/2003	31/12/2004	\$14.841.125,95	71,40	76,03	1,064846	\$15.803.513	\$1.896.421,52
31/12/2004	31/12/2005	\$15.803.512,69	76,03	80,21	1,054978	\$16.672.363	\$2.000.683,55
31/12/2005	31/12/2006	\$16.672.362,92	80,21	84,10	1,048498	\$17.480.934	\$2.097.712,09
31/12/2006	31/12/2007	\$17.480.934,07	84,10	87,87	1,044828	\$18.264.562	\$2.191.747,46
31/12/2007	31/12/2008	\$18.264.562,15	87,87	92,87	1,056902	\$19.303.857	\$2.316.462,80
31/12/2008	14/04/2009	\$19.303.856,68	92,87	96,72	1,041456	\$20.104.113	\$696.942,60
Total Intereses							\$21.302.827,48

Total a reconocer por perjuicios materiales al demandante:

Saldo de capital actualizado	\$ 17.812.335,98
Intereses moratorios	\$ 21.302.827,48
Total:	\$ 39.115.163,46

7. Los perjuicios morales solicitados

Dentro de las pretensiones del actor se encuentra el reconocimiento de los perjuicios morales concomitantes, posteriores y futuros ocasionados por el no pago oportuno de las obras adicionales ejecutadas cuyo valor reclama. La Sala estima que no pueden ser reconocidos los perjuicios morales pedidos.

Esta Corporación a propósito de la procedencia de indemnizar perjuicios morales derivados de la actividad contractual de la Administración, se ha pronunciado en los siguientes términos⁴²:

En un primer estadio, la jurisprudencia negó el reconocimiento de la indemnización de perjuicios morales dentro la actividad contractual, porque éstos sólo se configuran cuando se presenta la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto, situación que no se da en ese caso, dado que *"...en sentido jurídico técnico no son todas las sensaciones dolorosas ajenas al sacrificio de cualquier interés jurídico protegido, sino que, como ya se estableció de atrás, daños morales son sólo los dolorosos, padecimientos, etc., que se siguen de una lesión a los bienes de la personalidad, que no son susceptibles de configuración como objeto de obligaciones en sentido propio, en las cuales el daño moral, aun entendido en forma amplia y equivocada, nunca podría surgir con la relevancia jurídica, porque los intereses morales, eventualmente tenidos en cuenta por los sujetos particulares, no son tutelados por el derecho de modo específico"*⁴³.

En un segundo estadio, se modificó esta posición en el sentido de que no existía razón para excluir la indemnización de dichos perjuicios, por cuanto el Legislador garantiza la indemnización de todo daño, sin distinguir su clase, de manera que debe ser indemnizado todo perjuicio causado por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, sujeto, como cualquier clase de perjuicio, a que ellos sean demostrados en el proceso⁴⁴.

Posteriormente, al reafirmar la anterior tesis, la Sala explicó que:

"En materia de contratos, el interés moral la mayoría de las veces se encuentra ligado a un interés pecuniario, ya que generalmente el objeto de las obligaciones pactadas tiene un valor patrimonial. Por tal motivo, la doctrina y la jurisprudencia niegan la procedencia de la indemnización de los perjuicios morales. Sin embargo, la sala en sentencia de 24 de septiembre de 1987 (proceso 4039) consideró, que

⁴² Ver. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 8 de febrero de 2001, Exp. 12.848, 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936, 18 de marzo de 2004, Exp. 14589.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1985, Expediente 2963.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de septiembre de 1987, Exp. 4039: *"...en casos excepcionales, tratándose de aquellos contratos en que el valor venal no existe o es írrito frente a otros factores consustancialmente unidos a la persona humana, como el afecto, el honor, la capacidad laboral o profesional, el cerrar la vía a los perjuicios morales implica suma desprotección y negación de indemnización de los verdaderos perjuicios sufridos con clara violación de los principios legales."*

‘en casos excepcionales, tratándose de aquellos contratos en que el valor venal no existe o es írrito frente a otros factores consustancialmente unidos a la persona humana, como el afecto, el honor, la capacidad laboral o profesional, el cerrar la vía a los perjuicios morales implica suma desprotección y negación de indemnización de los verdaderos perjuicios sufridos con clara violación de los principios legales’.⁴⁵

Y luego afirmó:

“No obstante, la Sala ha adoptado un criterio más amplio, para considerar que hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral, sin importar su origen, como el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, siempre que, como sucede en relación con cualquier clase de perjuicios, aquéllos sean demostrados en el proceso.

“Así, aunque en una primera etapa, la Sala fue renuente a reconocer indemnización de perjuicios de carácter moral, derivados de la actividad contractual, por cuanto consideró que ‘estos sólo se configuran cuando se presenta la violación de alguno de los derechos de la personalidad del sujeto’, en etapas posteriores ha considerado que hay lugar a reconocer la indemnización del daño moral derivado de la imposición de una sanción contractual, cuando se tenga la convicción y la certeza de que la víctima lo padeció; certeza y convicción que debe suministrar quien los reclama, con elementos de prueba que no dejen duda de que debe accederse a una condena por ese concepto”.⁴⁶

Por consiguiente, el estado actual de la jurisprudencia es que se acepta la procedencia de indemnización de perjuicios morales con fundamento en la actividad contractual, siempre y cuando el demandante acredite la existencia de los mismos y, por supuesto, su conexidad causal con el incumplimiento contractual de la entidad contratante.

En el caso concreto, el recurrente señaló que el juez *a quo* en la providencia impugnada guardó silencio sobre los perjuicios morales solicitados, pese a que, en su concepto, la prueba testimonial da cuenta de los cambios de conducta, los problemas conyugales por la carencia de medios económicos para mantener a la familia, las angustias y preocupaciones que sufrió, a causa de la negativa de la

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 14.040.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 18 de marzo de 2004, Exp. 14.589, en la cual se reiteran las sentencias de 13 de octubre de 1994, Exp. 9.206 y de 28 de noviembre de 2002, Exp. 14.040.

demandada de pagarle los valores adeudados. Incluso, agregó que se desconoció la existencia de prueba indiciaria del “gasto moral” que le ocasionó contar con la asesoría jurídica para la reclamación de dichos valores.

Expuesto de esta forma el cargo contra la sentencia de primera instancia, observa la Sala que no está llamado a prosperar, por cuanto, además de que no encaja dentro de lo esbozado por la jurisprudencia en torno a los perjuicios morales, éstos no fueron probados dentro del proceso.

Repárese que para probar los perjuicios morales reclamados, a instancia del demandado rindió testimonio el señor Ismael Hernando Tarazona Suárez, (fls. 361 a 362 cd. 2 pruebas), quien a la pregunta de si había notado en el actor, después de haberle hecho los préstamos, situaciones de angustia, stress, preocupación o si él le había comentado que tenía problemas personales, familiares o profesionales por la carencia de dinero, respondió:

“Claro que lo (sic) he notado (sic) cantidad de problemas debido a ésta razón porque yo lo he venido acosando, ya que yo he estado necesitado (sic) el dinero con mucha urgencia y yo lo he estado acosando para que me cancele y él me ha comentado la cantidad de problemas económicos que ha tenido inclusive con el colegio y la universidad de los hijos, y lo he notado angustiado, stresado (sic), e inclusive ha estado enfermo debido a esta situación.” (fl. 362 *ídem*).

Para la Sala esta declaración no tiene la fuerza de convicción para generar certeza de que el actor sufrió dolores, padecimientos, congoja, angustias y preocupaciones, etc. que se enmarquen dentro del concepto de daño moral, a causa de la negativa de la demandada de pagarle los valores adeudados.

La pregunta realizada al señor Ismael Hernando Tarazona Suárez en la diligencia correspondiente sugiere la respuesta, razón por la cual debió ser rechazada (art. 226 inc. 2 del C. de P. Civil).

Esta circunstancia de acreedor del actor, con interés en la decisión del proceso, dado que la cancelación de su crédito estaba subordinada al pago de las obras adicionales materia del *sub examen*, afecta la credibilidad e imparcialidad de su declaración y si bien no es motivo para que no se hubiese recibido su testimonio, si implica que el mérito de su dicho sea analizado con la mayor rigurosidad y severidad de acuerdo con el caso en examen (art. 218 inc. 3 *ejusdem*), y que su

declaración por sí sola no produzca la certeza requerida por la Sala respecto de los hechos que se pretende demostrar, excepto que estuviesen respaldados por otras pruebas dentro del informativo, lo cual aquí no sucede, dado que ni la prueba documental ni los demás testimonios que obran en el expediente se refieren a los hechos que en este aspecto -existencia de daños morales- son materia de su declaración.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia ha ilustrado que:

“La ley no impide que se reciba declaración de un testigo sospechoso, pero la razón o crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla la someta a un tamiz más denso de aquél por el que deban pasar las declaraciones de personas libres de sospecha. Cuando existe un motivo de sospecha respecto de un testigo, se pone en duda, que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos. El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrareestado por la suposición de que en sus afirmaciones sean no verídicas y por consiguiente, por sí solas, jamás pueden producir certeza en el juez.”⁴⁷ (Negrilla ajena al texto original).

Dicho de otro modo, el testigo tenía un interés en el resultado del proceso y su declaración podría ser parcializada, lo que hace que su testimonio deba tenerse como sospechoso y, por lo tanto, no constituya plena prueba de los hechos debatidos en materia de perjuicios morales.

En adición a estas circunstancias de sospecha, señala la Sala que este testimonio está lejos de probar el punto pretendido por el actor. En efecto, bajo la sana crítica, el valor de convicción de la declaración del testigo no sólo depende de su imparcialidad frente a su particular situación, sino también de la razón de su dicho, esto es, de la explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que llegaron a su conocimiento los hechos materia de exposición; la concordancia entre unas y otras de sus afirmaciones; la precisión o vaguedad de lo que expone, y en fin, una serie de elementos para su apreciación y análisis en los que, por supuesto, deben desecharse los juicios de valor o conceptos referentes a las

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de febrero de 1980, M.P. José María Esguerra Samper.

causas o efectos de los hechos que conoció basados en simples deducciones personales⁴⁸.

Desde esta perspectiva, se observa que el señor Tarazona Suárez, en su breve versión, en realidad lo que indica es que notó al actor angustiado y estresado, pero porque él lo había acosado para que le cancelara la deuda pendiente a su favor, lo cual no deja de ser tan solo su propia percepción o parecer acerca de la reacción que pudo tener aquél ante su intimación, sin precisión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que justificaran la razón de su dicho, esto es, totalmente carente del respaldo suficiente, y sin que guarde una relación causal entre el hecho aducido -falta de pago de la entidad pública de las obras adicionales- y el daño moral alegado.

Igualmente, se advierte que al señor Tarazona Suárez no le constan los supuestos *“problemas económicos que ha tenido inclusive con el colegio y la universidad de los hijos”* el señor Federico Saúl Sánchez Malagón, dado que, como el mismo dice en su declaración, le fueron comentados por éste, o sea que no conocía en verdad y directamente los hechos afirmados por el demandante, ni las razones por las cuales se encontraba *“angustiado y estresado”*.

Y, finalmente, el testigo hizo una aseveración sobre una supuesta enfermedad del actor debido a la situación debatida, sin ningún soporte argumentativo; sin decir claramente por qué, cuándo, dónde y cómo se verificó esa afectación a la salud del demandante, la que en todo caso tampoco encuentra respaldo probatorio alguno en los medios de convicción allegados al proceso.

En consecuencia, no demostró el demandante que hubiese padecido un sufrimiento moral o trastorno emocional susceptible de reparación, con ocasión del incumplimiento de la obligación de pago de las obras adicionales materia de este proceso. Tampoco acreditó una penosa situación económica de la cual se le derivaran problemas personales o familiares; ni siquiera trajo al proceso prueba alguna de esa circunstancia, como tampoco de que su subsistencia económica dependiera tan sólo del pago de las sumas de dinero que le debía la entidad demandada, por ser éste la única fuente de ingresos. Menos aún pueden

⁴⁸ Sobre estos presupuestos para apreciar el valor de convicción de la prueba testimonial ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 15 de abril de 2004, Exp. 73001-23-31-000-1996-14450-01, C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

aceptarse como tales o siquiera probados los que denominó el actor como “gastos morales” ocasionados por la asesoría jurídica que requirió para la reclamación de los valores materia de la *litis*, lo cual, en el hipotético evento que se hubiesen probado, que no lo fue, no constituirían un daño moral sino material.

En definitiva, como no se evidencia que hubiera existido una aflicción subjetiva derivada de la actuación de la Administración aquí cuestionada, no resulta procedente condenar a la demandada por los perjuicios morales reclamados por el actor, porque ni éstos ni la relación causal entre los hechos aducidos y el daño reclamado fueron demostrados.

8. Las costas del proceso

De conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo -aplicable en el presente caso por ser una norma procesal de aplicación inmediata y vigente al momento del fallo de primera instancia-, ella procede “*teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes*”. De ahí que, esta Sección haya aclarado en materia de condena en costas que “no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora”⁴⁹

En tal virtud, la Sala no proferirá condena en costas, como lo solicitó el actor, por cuanto en el presente asunto no se presentó una conducta procesal temeraria, dilatoria o insensata de la demandada que la haga objeto de la medida, en tanto los actos por ella desplegados se adecuaron al ejercicio de su derecho de defensa.

Finalmente la Señora Consejera, doctora Myriam Guerrero de Escobar, manifestó a la Sala su impedimento para conocer del proceso de la referencia, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe: “*Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez...*”. Por lo anterior, la Sala aceptará el impedimento.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 1999, Exp. 10.775.

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

FALLA:

PRIMERO: ACÉPTASE el impedimento manifestado por la doctora Myriam Guerrero de Escobar.

SEGUNDO: MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 1 de julio de 1999, la cual quedará así:

“1. Declarar que el Distrito Capital de Bogotá, Secretaría de Obras Públicas, dejó de reconocer al ingeniero Federico Saúl Sánchez Malagón lo relativo a la recuperación y mantenimiento de la transversal 10 Este del Kilómetro 0 + 155 a la calle Sur Kilómetro o placa No. 27-58 sur, medidos hacía la calle 25 sur, correspondiente al área del numeral 1 (paradero de buses) del esquema localizado anexo al acta de liquidación No. 7, del 8 de agosto de 1996, con ocasión de la ejecución del contrato No. 1-093 de 1995.

2. Condenar al Distrito Capital de Bogotá, Secretaría de Obras Públicas, a pagar a Federico Saúl Sánchez Malagón la suma de treinta y nueve millones ciento quince mil ciento sesenta y tres pesos con cuarenta y seis centavos Mcte. (\$ 39.115.163,46) por concepto de capital, depreciación e intereses, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

3. Dése cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

4. Niegáanse las demás pretensiones de la demanda.”

TERCERO: Expídanse copias a las partes por intermedio de sus apoderados para su cumplimiento, según lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., 115 del C. de P. C. y 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995.

CUARTO: En firme este proveído, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidente de la Sala

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO