



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejera ponente: Ana María Charry Gaitán

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

Número único: 110010306000202100138-00 (00004)

Referencia: Consulta para solucionar controversias entre entidades públicas (artículo 112, numeral 7°, del CPACA)

Consultante: Gobierno nacional

Partes: Departamento Nacional de Planeación (en adelante, DNP) y Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial (ENTerritorio)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el mayor respecto por la decisión mayoritaria de la Sala de Consulta y Servicio Civil, me permito expresar, a continuación, las razones por las cuales salvo parcialmente el voto, en relación con la respuesta dada a las preguntas formuladas por el Gobierno sobre la eventual obligación que tendría ENTerritorio de reintegrar al DNP parte de los rendimientos financieros causados durante la ejecución del contrato interadministrativo SGR-053/215050 de 2015, celebrado entre esas dos entidades (las dos primeras inquietudes del numeral 4.º), y las consideraciones jurídicas en que se apoya dicha respuesta:

- 1) **El alcance de la controversia suscitada entre las partes y el objeto de la pregunta.** En primer lugar, es necesario recordar que la discrepancia jurídica surgida entre las partes, sobre este punto, se refiere específicamente a la propiedad de los rendimientos financieros causados por las sumas no ejecutadas a la terminación del contrato interadministrativo, y no a los intereses o rendimientos que hayan podido generar, eventualmente, los recursos ejecutados por ENTerritorio indebidamente, es decir, incumpliendo total o parcialmente algunas de sus obligaciones contractuales.

En efecto, las partes incluyeron el siguiente interrogante, dentro del numeral 4.º de las preguntas formuladas en el escrito que contiene el alcance a la consulta:

4. Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, lo estipulado en el mismo, las diferencias de las partes en tomo al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, las circunstancias atribuibles a terceros, las

modificaciones aceptadas por el DNP o convenidas por las entidades públicas contratantes, ¿a quién corresponden los rendimientos financieros generados por los recursos contractuales no ejecutados?, ¿si hay lugar a la devolución de los rendimientos financieros, a partir de qué momento se causan los mismos.? [...] [se resalta].

En armonía con lo anterior, en el texto de la consulta, se manifestó que la controversia jurídica sobre este asunto, giraba en torno a los siguientes argumentos:

- Del DNP:

Referente al reintegro de los rendimientos financieros **sobre los recursos no ejecutados** el DNP concluye que, si bien la **cláusula décima** del contrato estipula que los rendimientos financieros son de propiedad de ENTerritorio, en el contrato interadministrativo no se hizo claridad respecto a los rendimientos financieros que se generen por los recursos que no hubiesen sido comprometidos ni ejecutados en el marco de este, y cuya pertenencia la entidad contratante, esto es DNP, reclama [negritas en el original; se subraya].

Igualmente, dicho organismo señaló que «los intereses generados por los remanentes, que no fueron ejecutados y que administraba ENTerritorio, deben ser devueltos, capital y rendimientos, pues lo dicho en la cláusula décima, respecto de los rendimientos financieros solo se aplica a los recursos ejecutados» [énfasis añadido].

- De ENTerritorio:

De acuerdo con lo estipulado en la cláusula décima [del contrato interadministrativo] los rendimientos financieros generados en virtud del contrato serían de FONADE (hoy ENTerritorio¹).

Como la cláusula décima no distingue, se entiende que los intereses o rendimientos, todos, ya de recursos ejecutados o no, son suyos.

En razón al tipo de contrato que se celebró, los recursos ingresaron como un pago a favor de ENTerritorio, por lo cual le pertenecen y se somete [sic] a las normas contables, financiera, presupuestal [sic] y contractuales de las empresas industriales y comerciales del Estado de carácter financiero. [Se resalta].

¹ «[19] Cláusula décima del Contrato Interadministrativo No. SGR-053 – ENTerritorio 215050 del 2015 (RENDIMIENTOS FINANCIEROS): “Los rendimientos financieros generados en virtud del presente contrato, son de FONADE”».

Como se infiere claramente de lo citado, la controversia jurídica suscitada entre las partes, sobre este punto, y planteada en la consulta, tiene que ver con cuál de las dos entidades estatales tiene derecho a percibir los rendimientos financieros generados con las sumas de dinero aportadas por el DNP para el desarrollo del contrato interadministrativo y **que no fueron ejecutadas (ni comprometidas)** por ENTerritorio.

Así lo ratificaron expresamente las partes, en la audiencia realizada por la Sala, el 19 de julio de 2022, en la cual manifestaron, sobre este punto:

- **Doctora Ana María Charry** (2 horas, 20 minutos, 19 segundos): «Según entendí, ENTerritorio afirmó que devolverá los recursos que no fueron ejecutados al DNP al momento de la liquidación del contrato. Aquí el punto es en relación con los rendimientos financieros. En este punto, ¿se mantiene el DNP en la devolución?»
- **Directora de Gestión y Promoción del Sistema General de Regalías (DNP)** (2 horas, 20 minutos, 53 segundos): «Exactamente. En la devolución. Es muy sencillo: la devolución de los rendimientos financieros corresponde a los rendimientos financieros no ejecutados, por supuesto. La norma general es que los rendimientos financieros corresponden a ENTerritorio; pero los rendimientos financieros asociados a la parte no ejecutada del contrato, pues, son parte no ejecutada del contrato y le corresponden al DNP».
- **Doctora Charry** (2 horas, 21 minutos, 10 segundos): «Entendimos que había una cláusula en donde decía que los rendimientos de esos recursos iban para ENTerritorio, según lo expuesto por esta entidad. La cláusula diez».
- **Secretaria general del DNP** (2 horas, 21 minutos, 34 segundos): «Sí. [Lee]: “Los recursos transferidos por el DNP a Fonade no ejecutados serán reintegrados por Fonade al DNP, al término y liquidación del presente contrato de acuerdo a lo convenido por las partes”».
- **Doctora Ana María Charry**: «Doctora Becerra [sic]...»
- **Gerente general de ENTerritorio** (2 horas, 21 minutos, 54 segundos): «La cláusula décima dice que, es muy clara: “Los rendimientos financieros generados en virtud del presente contrato son de Fonade”. No dice más nada».
- **Doctora Charry** (2 horas, 22 minutos, 10 segundos): «¿alguna otra intervención por parte del DNP?»
- **Asesora de la directora de Gestión y Promoción del SGR (DNP)** (2 horas, 22 minutos, 43 segundos): «Creo que podríamos ir a la regla de presupuesto. El Estatuto Orgánico de Presupuesto establece quién debe dar cuenta de los recursos y los rendimientos financieros de estos recursos. Esto en complemento también,

como lo señalábamos en la primera parte de la presentación, con el artículo 225 del Decreto 1068 de 2015, que habla básicamente que el rendimiento financiero le pertenece al propietario del recurso. Entonces, nosotros entendemos que existen dos cláusulas en el contrato, una que dice que dice que los recursos no ejecutados se le regresan al DNP y la de los rendimientos financieros que dice que le pertenecen a ENTerritorio. Estas reglas están claras.

El asunto es que cuando el contrato no prevé de alguna manera, la ejecución de esos recursos, lo que está diciendo es: devuélvaselo al dueño y usted cómo le va a devolver al dueño, desactualizado ese valor. Entonces, en ese sentido, ese Decreto 1068 establece que esos rendimientos de esas inversiones le pertenecen a quien sea el propietario del recurso. Luego entonces, si estamos diciendo que ese recurso va a volver a ser parte del presupuesto, en realidad, todo esto va a ser del Tesoro Nacional, pero digamos, va a volver al presupuesto del DNP, pues también debe regresar el rendimiento financiero. Ese es el argumento que nosotros tenemos. Conocemos lo de las cláusulas, pero debe dársele la interpretación que hace el Estatuto Orgánico del Presupuesto y el Decreto 1085.

[...]

- **Doctora Charry** (3 horas, 50 minutos, 43 segundos): finalmente, para continuar brevemente con el tema de los rendimientos financieros, ¿alguna propuesta de solución al respecto, por parte de ENTerritorio?
- **Gerente general de ENTerritorio** (3 horas, 50 minutos, 45 segundos): Fonade se mantiene en lo establecido en la cláusula décima. Los rendimientos financieros son de Fonade. No estamos de acuerdo que el DNP diga que se tienen que devolver, pues por eso firmaron la minuta, y si no estaban de acuerdo, pues ¿para qué firmaron la minuta? o ¿por qué no hicieron las aclaraciones?». [Subrayas añadidas].

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) tiene el mismo entendimiento sobre esta controversia. En efecto, en el concepto que rindió a la Sala, considera que, según lo pactado en el contrato sobre los rendimientos financieros y la liquidación de dicho negocio jurídico, debe entenderse que tales intereses son de propiedad de ENTerritorio hasta el vencimiento del plazo pactado en el contrato para devolver al DNP los remanentes que surjan de la liquidación. A partir de ese instante, los rendimientos deberían reputarse de propiedad del DNP, por lo que tendrían que entregarse a dicho organismo. Así lo explicó la ANDJE:

[...] resulta diáfano establecer que el reintegro debe darse 15 días después de haber transcurrido los 6 meses dispuestos después de la terminación para implementarse la etapa de liquidación, por tanto, los intereses de los remanentes serán de propiedad de ENTerritorio hasta dicha fecha, tal como fue acordado por las partes.

Sin embargo, si después de transcurridos los 6 meses y 15 días después de la terminación del contrato, no se ha surtido el proceso de liquidación, los intereses que se causen desde esa fecha deberán reconocerse al DNP, de conformidad con las cláusulas referenciadas. [Subrayas añadidas]

En esa medida, considero respetuosamente que la Sala ha debido circunscribirse a determinar cuál de las dos autoridades en conflicto -el DNP o ENTerritorio- debe ser considerada la propietaria de los rendimientos financieros generados con los recursos no ejecutados del contrato o, dicho de otra forma, cuál de las dos entidades tiene derecho a percibir dichos réditos.

- 2) **Naturaleza y causación de los rendimientos financieros.** Debe tenerse en cuenta, además, que esta delimitación de la disputa y de la consulta resulta plenamente coherente con la conceptualización de los *rendimientos financieros*, desde el punto de vista jurídico y financiero.

En efecto, según el artículo 717 del Código Civil, «[s]e llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido». Como se aprecia, desde el punto de vista jurídico, los intereses son los frutos civiles que generan los *capitales exigibles*.

Desde una perspectiva financiera, los rendimientos financieros son las ganancias o utilidades que una persona puede obtener mediante la inversión de una suma de dinero en el mercado de capitales (ya sea en el sistema financiero o en el mercado público de valores)².

Así, los intereses o rendimientos financieros que ENTerritorio pudo obtener con los recursos desembolsados por el DNP, en desarrollo del contrato interadministrativo, son aquellos generados con las sumas de dinero que no utilizó para la ejecución de las diferentes actividades u obligaciones a cargo de esa entidad, conforme a lo pactado en el contrato, y que, por lo tanto, ENTerritorio tuvo (y tiene todavía) a su disposición para invertir³.

² Según la página Economipedia (<https://economipedia.com/definiciones/rendimiento.html>), el «rendimiento es la rentabilidad obtenida en una inversión, normalmente medida en porcentaje sobre el capital invertido».

³ En el proyecto de acta de liquidación del contrato interadministrativo, elaborado por ENTerritorio y enviado a la Sala de Consulta y Servicio Civil durante el trámite de esta actuación, se informa que el valor total de los recursos aportados por el DNP y no ejecutados, en desarrollo de ese contrato, asciende a la suma de **\$12.415.798.835,12**. Por su parte, en los memorandos DSGR 20214600075413 del 30 de abril de 2021 y DSGR 20214600118133 del 22 de julio de 2021, enviados por dos supervisores del contrato interadministrativo a la coordinadora del Grupo de Contratación del DNP, se indicó que la cuantía total de esos recursos era la cantidad de **\$12.747.052.239**. Por otra parte, en el primero de los memorandos citados se menciona que el monto de los rendimientos financieros causados hasta esa fecha correspondía a **\$2.728.814.016**.

Por el contrario, los recursos que fueron efectivamente utilizados por ENTerritorio para pagar gastos y obligaciones adquiridas con terceros (entre ellos, los consultores y los interventores contratados para la estructuración de los proyectos), en desarrollo del objeto del contrato interadministrativo, no generaron ni podían generar rendimientos financieros, salvo, eventualmente, entre el momento en que tales sumas de dinero fueron desembolsadas por el DNP y el instante en que fueron giradas por ENTerritorio a favor de terceros o de la propia entidad (en el caso de la «cuota de gerencia»).

Esta conclusión no varía por el hecho de que las obligaciones contractuales de ENTerritorio, para cuya ejecución se utilizaron dichos recursos, hayan sido acometidas de manera defectuosa o tardía (cumplimiento defectuoso o retardo), pues, en tales casos, los dineros se utilizaron, de todas formas, y no se mantuvieron en poder de ENTerritorio, para invertirlos en el mercado de capitales.

- 3) **Necesidad de respetar lo pactado por las partes. Principio de la fuerza obligatoria de los contratos.** En todo caso, aunque la Sala haya decidido ampliar la controversia suscitada entre las partes a los rendimientos financieros que hubieran podido producir, eventualmente, las sumas de dinero ejecutadas equivocada o indebidamente por ENTerritorio, esto no permitía llegar tampoco a la conclusión de que tales rendimientos deben ser pagados o «devueltos» por dicha entidad al DNP, en virtud de lo pactado expresamente por las partes.

En efecto, debe recordarse que la cláusula décima del contrato (única que se refiere a los rendimientos financieros), establece lo siguiente:

DÉCIMA.- RENDIMIENTOS FINANCIEROS: Los rendimientos financieros generados en virtud del presente contrato, son de FONADE.

Como se observa, la citada estipulación dispone, en forma expresa, clara y contundente, que los rendimientos financieros que se generen en virtud de este contrato pertenecen a Fonade (hoy, ENTerritorio), sin hacer distinción o excepción alguna, ni establecer ninguna clase de condición.

Es importante resaltar que dicha estipulación no surgió, de manera súbita, en la minuta de contrato interadministrativo, sino que ya se encontraba prevista en los antecedentes de este negocio jurídico, lo que denota que esta fue, claramente, la voluntad de las partes a este respecto (artículo 1618 del Código Civil).

En efecto, tal como lo señala ENTerritorio, en la respuesta del 6 de julio de 2022 al cuestionario remitido por la Sala, y se puede constatar en los respectivos documentos, el Comité de Negocios de Fonade, en sesión del 15 de septiembre

de 2015 (acta n.º 40) aprobó la inclusión de la cláusula de propiedad de los rendimientos financieros, en el negocio que pretendía celebrarse con el DNP, por tratarse de un contrato de gerencia integral de proyectos y, adicionalmente, por la necesidad de definir claramente la propiedad de tales intereses, para cumplir con las normas internacionales de información financiera (NIIF) aplicables a dicha empresa industrial y comercial del Estado.

Esto se ratificó en el numeral 13.5 de la propuesta presentada por Fonade al DNP, mediante la comunicación n.º 20152300268821 del 16 de septiembre de 2015, como se indicó al reseñar los antecedentes de este contrato. En dicho numeral se expresó:

En virtud del acuerdo contractual y tomando en consideración que se trata de la línea de negocios denominada Gerencia de Proyectos, los rendimientos financieros serán de propiedad de FONADE, en su totalidad [énfasis añadido].

De acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad, la buena fe y, especialmente, la fuerza obligatoria o normativa de los contratos (*pacta sunt servanda*), contenidos, entre otras normas, en el artículos 1602 y 1603 del Código Civil⁴, y aplicables a la contratación estatal, en virtud de lo dispuesto en los artículos 32⁵ y 40⁶ de la Ley 80 de 1993, las partes, en este tipo de contratos, deben respetar lo pactado y atenerse a sus consecuencias jurídicas, siempre que lo estipulado no contraríe manifiestamente la ley (en su sentido amplio), ni sea opuesto al orden público o a la moral (buenas costumbres).

⁴ **Artículo 1602.** Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

⁵ **Artículo 32. De los contratos estatales.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

⁶ **Artículo 40. Del contenido del contrato estatal.** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

[...]

A este respecto, vale la pena resaltar lo previsto en el inciso tercero del artículo 40 de la Ley 80:

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración [énfasis añadido].

En esa medida, es claro que las partes acordaron, libre, voluntaria y expresamente, que los rendimientos financieros causados en la ejecución del contrato serían propiedad de ENTerritorio, sin ninguna excepción o limitación, ni siquiera por el hecho de que esta entidad tuviera que devolver al DNP parte de los recursos suministrados por este organismo para el cumplimiento del objeto contractual, por no haberlos ejecutado o por haberlo hecho de manera equivocada.

Es importante precisar que el principio de la fuerza normativa de los contratos implica que lo pactado por las partes, no solamente debe ser obedecido por ellas, sino también debe ser respetado por los terceros, incluyendo en esta categoría a las autoridades judiciales y administrativas, salvo cuando, en relación con las primeras, el juez que deba resolver el asunto observe que el contrato o la cláusula respectiva sean inexistentes o ineficaces, o estén incursos en una causal de nulidad absoluta, que debe proceder a declarar, aun de oficio (artículos 45 de la Ley 80 de 1993 y 1742 del Código Civil).

Por lo tanto, la Sala de Consulta, al conceptuar sobre la forma como las partes podrían solucionar la controversia jurídica que enfrentan y liquidar, de común acuerdo, el contrato interadministrativo, debe respetar y acoger fielmente lo convenido por aquellas, sobre este y cualquier otro punto. Ni siquiera, si la Sala estimara que la cláusula décima del contrato interadministrativo estuviera viciada de nulidad -lo que no ha ocurrido-, podría desconocer su contenido y efectos, sino que tendría que limitarse a advertirlo, pues, al no ejercer función judicial, no podría declarar, de oficio o a petición de parte, dicha nulidad.

No desconoce la suscrita que la mencionada estipulación, como todas las demás cláusulas del contrato, puede y debe ser objeto de interpretación, cuando su sentido no sea claro o se presenten dudas o discrepancias sobre su alcance. Pero cualquier interpretación que se haga debe respetar, en el mayor grado

posible, la voluntad real de las partes, en desarrollo de los principios de la autonomía de la voluntad y de la fuerza vinculante de los contratos.

Además, debe recordarse que la «regla de oro» para la interpretación de los contratos es aquella contenida en el artículo 1618 del Código Civil, según la cual:

Artículo 1618. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras [énfasis añadido].

En el caso que nos ocupa, ni del texto de la cláusula décima (o de otras del contrato) ni de los antecedentes del negocio jurídico, puede desprenderse, y menos aún con claridad, que la intención real de los contratantes haya sido la de otorgar al Departamento Nacional de Planeación el derecho de participar, en algún caso o porcentaje, de los rendimientos financieros generados con los recursos entregados por dicha entidad a ENTerritorio, para la ejecución del contrato interadministrativo.

Aunque ello pudiera parecer injusto, a los ojos de un observador, tal situación debería suscitar una reflexión a ENTerritorio y, especialmente, al DNP, sobre la forma equitativa y razonable de negociar y acordar este tipo de cláusulas, en los futuros contratos de gerencia y en otros contratos interadministrativos que celebren.

Finalmente, aunque la suscrita no desconoce que los rendimientos financieros acordados en el contrato interadministrativo SGR-053 / 215050 de 2015 podrían ser considerados como una especie de «remuneración adicional» que se acordó a favor de ENTerritorio, esta sola estimación no resulta suficiente para concluir que dicha entidad deba pagar al DNP los rendimientos financieros obtenidos, de forma parcial, en el evento de incumplir parcialmente sus obligaciones, pues, además de que las partes no calificaron tales intereses como una remuneración o contraprestación (ni en el contrato ni en sus antecedentes), los mencionados réditos no fueron pagados o entregados por el DNP a ENTerritorio (como sí ocurrió con la «cuota de gerencia»), sino que fueron generados por dicha entidad, gracias a su gestión financiera en la administración e inversión de los recursos recibidos. Por lo tanto, sería imposible «devolver» los citados rendimientos.

- 4) **Los rendimientos financieros causados no constituye un daño indemnizable para el DNP.** Por otro lado, es necesario tener en cuenta que los rendimientos financieros que hayan producido, eventualmente (antes de su utilización), o debido generar los recursos desembolsados por el DNP no constituyen, desde el punto de vista jurídico, un daño o perjuicio para dicho organismo, que pueda ser calificado como «daño emergente» o «lucro cesante»,

conforme a lo dispuesto por el Código Civil. En consecuencia, ese supuesto perjuicio no puede ser indemnizado.

En efecto, según los artículos 1613 y 1614 del citado Código:

Artículo 1613. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

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 su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento. [Se subraya].

En este caso, los mentados rendimientos financieros no pueden constituir daño emergente para el DNP, porque tales sumas de dinero no fueron entregadas por dicho organismo a ENTerritorio, es decir, no salieron jamás de su patrimonio.

Pero tampoco constituyen un lucro cesante, porque el DNP no tenía un derecho contractual o legal a percibir, total o parcialmente, los rendimientos financieros, y menos aún en la hipótesis de que ENTerritorio hubiera cumplido plenamente y a cabalidad con sus obligaciones. En efecto, es necesario preguntarse ¿qué intereses o rendimientos financieros tenía derecho a recibir el DNP si ENTerritorio hubiese entregado la totalidad de los proyectos, debidamente estructurados en fase de factibilidad, dentro de los plazos acordados en el contrato?

La única respuesta posible es: **ninguno**. Por la misma razón, tampoco podría alegar o pretender que el incumplimiento de ENTerritorio en la entrega de tales proyectos, o en la ejecución de otras obligaciones, lo haya privado de recibir dichos intereses o rendimientos financieros, que es lo que constituiría, teóricamente, su lucro cesante.

Ahora bien, más allá de la clasificación que pudiera hacerse de dichos réditos como daño emergente o lucro cesante, tales sumas de dinero no reúnen las condiciones generales que la jurisprudencia y la doctrina han señalado para que un daño pueda ser indemnizable, ya sea en el campo contractual o en el extracontractual.

En este punto, vale la pena citar al maestro Uribe Holguín⁷:

⁷ URIBE Holguín, Ricardo. De las obligaciones y del contrato en general. Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980, p. 113.

Del texto legal transcrito⁸ se desprende que tres son las condiciones del perjuicio en materia de responsabilidad civil: que sea **cierto**, es decir, real y efectivo, no hipotético o meramente probable; que sea **directo**, verdadera consecuencia del incumplimiento o del hecho ilícito, no de causa distinta; y que **se haya podido prever** al tiempo del contrato [...] por ser consecuencia natural de la falta de pago o del hecho lesivo, no algo extraordinario o excepcional, por fuera [sic] de lo común [negrillas en el original].

En el presente caso, los pretendidos rendimientos financieros no reúnen ninguna de las tres características citadas. En efecto:

- El daño no sería cierto, real o efectivo, sino meramente hipotético, porque no existe base alguna para afirmar que, como consecuencia del incumplimiento de ENTerritorio, el DNP se haya visto privado de recibir unos rendimientos financieros que, en el evento contrario, hubiese percibido.
- Tampoco sería directo, pues el hecho de no participar de tales réditos no constituye, para el DNP, una consecuencia directa del incumplimiento imputable a su contraparte.
- Y menos aún sería previsible, porque no era posible prever, en condiciones normales, al momento de suscribir el contrato interadministrativo, que el incumplimiento de ENTerritorio, en la debida estructuración y entrega oportuna de los proyectos objeto de la controversia, le ocasionara al DNP el hecho de verse privado de tales rendimientos.

Teniendo en cuenta lo anterior, ese presunto «perjuicio» no puede ser indemnizado.

- 5) **Necesidad de reconocer la actualización monetaria sobre las sumas que ENTerritorio debería reintegrar.** Sin perjuicio de lo anterior, la suscrita considera que la Sala ha podido y debido recomendar a las partes que las sumas de dinero que ENTerritorio deba reintegrar al DNP, como consecuencia del incumplimiento parcial de sus obligaciones, según lo explicado en el concepto, sean actualizadas o indexadas, con el índice de precios al consumidor certificado

⁸ Se refiere al artículo 1616 del Código Civil, que dispone, en su parte pertinente:

Artículo 1616. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

[...] [Subraya añadida].

por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) y de acuerdo con la fórmula que, para tales efectos, ha implementado la jurisprudencia.

En efecto, tales recursos constituyen, para el DNP, un claro daño emergente, pues representan una suma de dinero que dicho organismo desembolsó efectivamente, a cambio de un servicio que no recibió, o recibió de manera defectuosa.

Ese perjuicio, por lo tanto, debe ser indemnizado o resarcido por ENTerritorio. Pero dicha reparación no sería completa o «integral», si las referidas sumas de dinero se devolvieran por su valor histórico o nominal, es decir, con las mismas cifras de los fondos desembolsados por el DNP, en su momento (en algunos casos, desde el año 2016), pues, de esta forma, se estaría obligando a dicho organismo a soportar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

A este respecto, debe recordarse que la ley (artículo 16⁹ de la Ley 446 de 1998¹⁰) y la jurisprudencia reconocen expresamente el derecho a la **reparación integral**, tanto en la responsabilidad civil, en estricto sentido, como en la responsabilidad del Estado (artículo 90 de la Constitución), y tanto en el campo contractual como en el extracontractual. El contenido sustancial de este derecho no es otro que el de lograr que la víctima de una conducta ilícita (incluyendo el incumplimiento) o de un daño antijurídico, según el régimen de responsabilidad aplicable, sea puesto en la misma situación en la que se encontraba antes del hecho dañoso, sin que tenga que soportar ninguna pérdida o perjuicio, a menos que, claro está, haya contribuido a su realización, con su propia negligencia (culpa concurrente).

En esa medida, debe recordarse que la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, como resultado del fenómeno económico de la inflación, ha sido reconocida por la jurisprudencia y la doctrina como un perjuicio o daño, tanto en la responsabilidad contractual como en la aquiliana. Así lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia¹¹:

⁹ **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 [énfasis añadido].

¹⁰ Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 12 de agosto de 1988, G.J., T. CXCII, 2º semestre, p. 7.

En los países que, por virtud de los altos y constantes índices de inflación, ven sometida su moneda a una permanente y notoria desvalorización, nadie discute hoy día que dicho fenómeno es, en sí mismo, un perjuicio cuya indemnización es jurídicamente de recibo, cuando a ello hubiere lugar. Dicho perjuicio, también ha sido expuesto, encaja dentro de la noción de daño emergente. Ello es lo que sucede en Colombia y en tal sentido se ha orientado la jurisprudencia de la Corte durante la última década cuando ha abordado problemas concernientes al resarcimiento de daños provenientes del incumplimiento, o del cumplimiento tardío o defectuoso de una obligación contractual, o del incumplimiento del deber general del **neminem laedere**. [Subrayas añadidas; negrilla en el original]

Dicho perjuicio, además, ha sido calificado como un «hecho notorio»¹², de naturaleza económica, por lo que el acreedor está eximido de probarlo.

En consecuencia, la sola devolución o reintegro, por parte de ENTerritorio, de las sumas de dinero desembolsadas por el DNP, en desarrollo del contrato interadministrativo, que aquella entidad gastó o utilizó de forma inadecuada o errada en la ejecución de sus obligaciones contractuales, por su valor nominal o histórico, no constituiría una reparación efectiva e integral del daño emergente sufrido por el DNP.

Por lo tanto, aunque ninguna de las partes lo haya pedido expresamente, ni estas hayan controvertido sobre este punto, la Sala podía y debía sugerir a las partes que tuvieran en cuenta e incluyeran la actualización monetaria, para efectos de la liquidación del contrato interadministrativo y el reintegro de las sumas a que haya lugar, por las razones que se acaban de explicar.

De esta forma, dejo plasmados los argumentos que me llevan a separarme parcialmente de las respuestas acogidas por la Sala, en forma mayoritaria, sobre el pago o la «devolución» parcial de los rendimientos financieros.

Con toda consideración,

ANA MARÍA CHARRY GAITÁN
Presidenta de la Sala

¹² Sobre este punto, puede verse, por ejemplo, la Sentencia C-891 A del 1 de noviembre de 2006, de la Corte Constitucional (expediente D-6246), y la Sentencia del 15 de septiembre de 1992, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Primera, rad. núm. 5221.