

**JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Competencia en controversias contractuales / CONTRATOS ESTATALES - Controversias contractuales. Jurisdicción competente / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Objeto / CLAUSULA COMPROMISORIA - Finalidad / CLAUSULA COMPROMISORIA - Excluye a la jurisdicción contencioso administrativa / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Competencia no obstante la existencia de la clausula compromisoria en el contrato estatal / CLAUSULA ARBITRAL - Renuncia de las partes al acudir ante el juez contencioso administrativo / CLAUSULA ARBITRAL - Derogatoria al no excepcionar falta de jurisdicción ante el juez / CLAUSULA ARBITRAL - Renuncia tácita por no contestación de la demanda o por contestación extemporánea / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Reassume competencia por derogatoria o renuncia a cláusula arbitral**

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, que prescribe que la jurisdicción que conoce de las controversias originadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la de lo contencioso administrativo. Adicionalmente, el art. 82 CCA. -modificado por el artículo 1 de la Ley 1.107 de 2006-, prescribe que esta misma jurisdicción está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. (...) Pero el primer aspecto que observa la Sala, es que en el contrato No. 07 de 1994 las partes pactaron la denominada cláusula compromisoria (...). En un evento similar al sub iudice dispuso la Sección, en la sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 29.699 -la cual se reiterará en esta ocasión-, con ponencia de quien actúa en la misma calidad en esta providencia, que: “En virtud de este acuerdo podría decirse, en principio, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios donde sea parte una entidad estatal, siempre que -en materia contractual, en particular- no se haya pactado la cláusula compromisoria, como ocurre en el presente caso, en virtud de la cual las partes acuerdan no acudir a dicha jurisdicción para dirimir sus eventuales conflictos, para concurrir, en su lugar, a la justicia arbitral. “En efecto, es claro – tanto en la doctrina como en la jurisprudencia-, que la cláusula arbitral -así como el compromiso-, producen falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para decidir un conflicto, pues el efecto natural de dicho pacto es excluir a las partes de la justicia que la ley asignó anticipadamente para resolver las diferencias que surjan entre los contratantes. “No obstante, una increíble cualidad del derecho, donde la autonomía de la voluntad juega un papel decisivo, y que se expresa en una materia signada y caracterizada por las normas de orden público, tiene que ver con la posibilidad de las partes de un contrato de renunciar a la justicia común, para entregarse a una justicia especial. Cuando esto ocurre el juez competente pasa a ser el arbitral y deja de serlo, en condiciones normales, la jurisdicción de lo contencioso administrativo. “A juzgar por estas ideas, se tendría que declarar la nulidad de todo lo actuado en esta instancia, por falta de jurisdicción, toda vez que la cláusula... del contrato dispuso que cualquier diferencia que surgiera entre las partes sería dirimida por un tribunal de arbitramento, y resulta que en este caso la demanda se presentó y tramitó hasta esta instancia en la justicia administrativa. “Sin embargo, la Sala recuerda que en situaciones como estas la jurisprudencia ha establecido que aun cuando se haya pactado una cláusula compromisoria en un contrato estatal, si las partes acuden -pese al pacto- a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que renuncian a la cláusula arbitral o al compromiso, y por ende la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir competencia. “A esta actitud silenciosa, pasiva o tácita que asumen las partes en el proceso, es decir, al hecho de que una de ellas presente la demanda



y la otra asista al proceso sin excepcionar la falta de jurisdicción, la jurisprudencia le ha asignado el efecto de derogar la cláusula arbitral. En otras palabras, se trata de la asignación de un efecto al silencio de las partes, atribuyéndose a su conducta y a su comportamiento el efecto de derogar la cláusula arbitral, para retornar al juez natural. “Esta tesis fue expuesta, la primera vez, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de abril de 1992 –MP. Eduardo García Sarmiento. Actor: Transportes Guasca Ltda.- (...). “Obsérvese que en esa ocasión la parte demandada contestó la demanda, pero no alegó la falta de jurisdicción, de manera que entendió la Corte Suprema que su silencio ‘equivale’ a aceptar la jurisdicción ordinaria, o lo que es lo mismo, que renunció a la justicia arbitral. “Esta postura es producto de la inferencia judicial, pues es claro que la cláusula arbitral existía en el contrato, pero la Corte Suprema dispuso que la conducta procesal asumida tuvo el efecto de derogar dicho pacto. Es más, señaló que fueron las partes quienes por escrito modificaron la cláusula arbitral, pues la demanda es el escrito de una de las partes del contrato y la contestación el de la otra, con lo cual quedó modificado el pacto, ‘de la misma forma en que lo habían hecho’. “El problema que queda latente, entre muchos otros que supone asumir esta postura, es ¿qué pasa en caso de que una de las partes del contrato demande –existiendo cláusula arbitral-, pero la otra no conteste la demanda ni actúe en el proceso? “La argumentación que se viene de reseñar ciertamente carece de justificación para esta hipótesis, no obstante, la misma Corporación resolvió un caso como el planteado y dispuso que la falta de respuesta a la demanda, o en forma extemporánea, también equivale a la renuncia tácita de la cláusula arbitral (...). “Esta posición, decididamente, se dirige a mantener la jurisdicción del supuesto específico en la justicia ordinaria, pese a que en el caso concreto se contestó la demanda –pero de manera extemporánea- aduciendo la falta de jurisdicción. Se señaló que por no haberse alegado en tiempo oportuno al haberse notificado la demanda, se admitió en consecuencia la jurisdicción civil y se desistió de la arbitral. “Esta postura es aún más rígida y dura que la asumida en la primera sentencia citada, pues en esta ocasión, a la falta de contestación de la demanda, se le dio el mismo efecto admisorio de la jurisdicción, como cuando se contesta pero no se alega la falta de jurisdicción.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 82 / LEY 1107 DE 2006 - ARTICULO 1 / LEY 80 DE 1993

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la derogatoria de la cláusula arbitral para retornar la competencia al juez natural, por efecto de la no proposición de la excepción de falta de jurisdicción, pese a haberse pactado la cláusula arbitral, o por no haber contestado la demanda o haberlo hecho extemporáneamente, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 22 de abril de 1992, M.P. Eduardo García Sarmiento (actor: Transportes Guasca Ltda.), y del 17 de junio de 1997, Expediente núm. 4781, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. En este mismo, sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, Exp. 29.699, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

**CLAUSULA ARBITRAL - Renuncia al acudirse al juez y no proponerse la excepción de falta de jurisdicción / EXCEPCION DE FALTA DE JURISDICCION - Oportunidad para proponerla: contestación de la demanda / CLAUSULA COMPROMISORIA - Renuncia tácita / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Competencia en controversias contractuales al renunciarse tácitamente a cláusula compromisoria**



“Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, también se ha referido a este aspecto. Así, por ejemplo, en la sentencia de 16 de junio de 1997 –exp. 10.882- (...). “Luego, la misma Sección, en auto de marzo 19 de 1998 –exp. 14.097- señaló que cuando las partes de un contrato con cláusula arbitral acuden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que tácitamente renuncian a la jurisdicción extraordinaria, pues el demandante expresa dicha intención al presentar la demanda y el demandado al no proponer oportunamente la excepción de falta de jurisdicción. “Obsérvese un dato interesante en esta decisión. La Sala señaló que sólo existe un momento oportuno para alegar la falta de jurisdicción –al contestar la demanda-. De manera que con posterioridad no es posible proponerla, como de hecho trató de hacerlo el demandado en el caso concreto. “Esta línea de pensamiento se itera el 4 de octubre de 2003, por parte de la Sección –exp. 10.883-. “Esta tesis se reiteró íntegramente en la sentencia de 26 de febrero de 2004 –exp. 25.094- donde la Sección señaló que, efectivamente, se entiende que se renuncia a la cláusula arbitral cuando una de las partes del contrato demanda y la otra contesta sin alegar la excepción de falta de jurisdicción (...). “En esta ocasión, la Sala calificó la actitud de la parte demandada -quien no alegó la existencia de la cláusula compromisoria-, como una ‘renuncia’ a ella, de manera que se trata de una variante conceptual del tema, pues en las providencias anteriores se ha hablado de que dicha actitud equivale a una ‘derogación’ o ‘modificación’ de la cláusula arbitral, en virtud de un nuevo acuerdo de voluntades, proveniente de la demanda y la contestación. “En una situación similar a la del caso concreto –es decir, a la que interesa en esta oportunidad-, se encontró que la parte demandada no contestó la demanda, ante lo cual la Sección señaló -sentencia de marzo 18 de 2004, exp. 15.936-: ‘Que el demandante hubiera iniciado el trámite arbitral con el fin de que le fueran reconocidos los perjuicios causados por el municipio con la declaratoria de caducidad del contrato, no implica la incompetencia de esta jurisdicción para conocer de esa controversia, como lo sugiere el Ministerio Público, por cuanto la Sala ha señalado que cuando las partes acuden a esta jurisdicción y desconocen la existencia de la cláusula compromisoria o del compromiso se presenta la renuncia tácita a ese acuerdo. La renuncia tácita se presenta para la parte demandante cuando presenta la demanda ante el juez del contrato y para la parte demandada, cuando guarda silencio y no propone la excepción de compromiso. ‘Además de existir una decisión sobre los mismos, ya fuera el resultado de un acuerdo conciliatorio o de un laudo arbitral, no fue alegado en el proceso por la entidad demandada, razón por la cual la sala no puede afirmar que existe un pronunciamiento sobre dichos perjuicios, no obstante, la intención que se conoció de las partes de quererlos valorar económicamente ante un tribunal de arbitramento.’ “Uno de los aspectos especialmente valiosos de esta providencia fue que aplicó los mismos efectos de la falta de contestación de la demanda –es decir, la renuncia a la cláusula arbitral- a los considerados ante la contestación pero sin alegación de la excepción de falta de jurisdicción. Es decir, que estimó que también en esos casos se entiende que renuncia a la jurisdicción excepcional. “Finalmente, en la sentencia de 16 de marzo de 2005 –exp. 27.934- la Sala reiteró que si era notificado el demandado y no alegaba la falta de jurisdicción, se entendía que renunciaba a la cláusula arbitral.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la renuncia tácita a la cláusula compromisoria pactada en un contrato estatal, en razón a la formulación de la demanda ante el juez del contrato y el silencio del demandado al no formular la excepción de falta de jurisdicción, sentencias, Consejo de Estado, Sección Tercera, del 16 de junio de 1997, Exp. 10.882; del 4 de octubre de 2003, Exp. 10.833; del 26 de febrero de



2004, Exp. 25.094; del 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936; y del 16 de marzo de 2005, Exp. 27934. Igualmente, auto del 19 de marzo de 1998, Exp. 14.097.

**CLAUSULA ARBITRAL EN CONTRATO ESTATAL - No impide acudir ante el juez contencioso administrativo / CLAUSULA ARBITRAL - Derogatoria mediante nuevo acuerdo / CLAUSULA ARBITRAL - Renuncia por silencio de la parte demandada. Conductas del demandado que implican renuncia a cláusula arbitral / CLAUSULA ARBITRAL - Renuncia al no contestarse la demanda o no proponerse excepción de falta de jurisdicción / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Reasume competencia ante renuncia a cláusula arbitral de contrato estatal**

“Una valoración de las distintas posturas, coincidentes por demás, permite llegar a las siguientes conclusiones: “De un lado, se tiene que en aquellos supuestos en que un contrato estatal contemple una cláusula arbitral, esto no impide a las partes acudir a la justicia administrativa, para que dirima el conflicto que antes deseaban resolver ante la justicia arbitral. Para estos efectos es posible: i) suscribir un nuevo acuerdo derogando la cláusula arbitral o, simplemente, ii) demandar ante la justicia administrativa y también dejar de contestar la demanda o contestarla sin proponer la excepción de falta de jurisdicción. “De otro lado, y en el sentido del segundo supuesto analizado, se entiende que cuando no se alega la falta de jurisdicción las partes renuncian a la justicia arbitral, reasumiendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad para conocer del conflicto. En este evento, el silencio de la parte demandada puede provenir de una de estas dos conductas posibles: i) contestar la demanda sin proponer la excepción correspondiente o ii) abstenerse, incluso, de contestar la demanda, y de intervenir en el proceso, comportamiento que hace entender que también renuncia a la justicia arbitral. “Aplicadas estas ideas al caso concreto, encuentra la Sala que la parte demandante, con conocimiento, desde luego, de que había pactado una cláusula arbitral en el contrato, presentó la demanda ante esta jurisdicción, actitud que, se reitera en esta ocasión, equivale a renunciar, de su parte, a la justicia especial, para regresar a la administrativa. “De otro lado, la entidad demandada no contestó la demanda, de manera que dejó pasar la oportunidad para proponer -si a bien lo quería-, la excepción de falta de jurisdicción, comportamiento que para la Sala equivale a renunciar a la cláusula arbitral, pues teniendo la oportunidad para excepcionar no lo hizo.” En estos términos, existe jurisdicción para resolver el litigio propuesto por la parte actora, el cual se analizará a continuación.

**CONTRATO ESTATAL - Acta de liquidación bilateral constituye título ejecutivo / TITULO EJECUTIVO - Lo constituye acta de liquidación bilateral de contrato estatal / ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL - Presta mérito ejecutivo a través del proceso ejecutivo / ACCION EJECUTIVA - Procedencia cuando lo que se pretende es cobrar una suma de dinero ACCION CONTRACTUAL - No es óbice su interposición si las pretensiones se formulan adecuadamente conforme a la acción ejecutiva / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL - Aplicación si pese a escogencia indebida de la acción las pretensiones se ajustan a la procedente**

La causa petendi de la demanda radica en el incumplimiento del contrato de obra que el actor le imputa a la entidad, pese a que él cumplió sus obligaciones, pero aquélla no le pagó el valor total del contrato –según las actas de obra y de reajuste a las mismas–. En efecto, en el acta de liquidación -suscrita por el contratista y el alcalde del municipio de Sincé-, se declara que la “total deuda actas más reajustes



provisionales” en favor del contratista equivale a \$88'764.870, valor que precisamente éste reclama. Ahora, de tiempo atrás la Sala ha sostenido que los documentos contractuales -como el acta de liquidación bilateral- que reconocen créditos a favor de una u otra parte del contrato, y que cumplen con las exigencias que el Código de Procedimiento Civil establece para los títulos ejecutivos, prestan mérito ejecutivo a través del proceso ejecutivo que regula el mismo código. Y es claro que las pretensiones de la demanda se dirigen a cobrar esta suma de dinero, lo que perfectamente pudo hacerse a través de un proceso ejecutivo, porque el documento reúne las condiciones de aquellos que prestan ese mérito; no obstante, la Sala considera que esto no es óbice para que la parte del contrato ejerza la acción contractual -que se tramita como un proceso ordinario de conocimiento-, siempre que las pretensiones se formulen en la forma que corresponde a esta clase de proceso. Nada se opone a ello. Esta conclusión también tiene apoyo en el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, cuando quiera que el actor confunda la acción judicial con la cual accede al juez, pero siempre que las pretensiones -entre otros requisitos de la demanda- se ajusten a la acción que corresponde, de manera que se cumpla con lo que exige la ley. Así, por ejemplo, si se ejerce la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se debió ejercer la contractual, siempre que las pretensiones se ajusten a la que correspondía, se ha hecho prevalecer el derecho sustantivo, porque al fin y al cabo ambas acciones se tramitan a través del proceso ordinario. Lo propio acontece en el caso concreto.

**JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Aplicación del régimen legal probatorio del Código de Procedimiento Civil / DOCUMENTOS - Aportación al proceso en original o copia / DOCUMENTOS - Valor probatorio de las copias. Régimen legal / DOCUMENTO PUBLICO - Concepto. Presunción de autenticidad. Valor probatorio / documento privado - Casos en que se reputa auténtico. Régimen legal / COPIAS - Alcance probatorio de documento aportado en copia al proceso**

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo señala que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también parte de la filosofía que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad. Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 CPC., los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 CPC. regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original, en los siguientes eventos: i) cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada, ii) cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y iii) cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica. A lo anterior se agrega que el documento público, es decir, el expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención -art. 251 CPC.-, se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 CPC. De



otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada -al tenor de lo dispuesto en el aludido art. 252 CPC.- se reputará auténtico en los siguientes casos: i) cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; ii) cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; iii) cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; iv) cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y v) cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso. En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó: “El artículo 25 citado se refiere a los “documentos” y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad. “Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos. “De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial. “En tratándose de documentos originales puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 251 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 253 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, de la Corte Constitucional.

**CONTRATO ESTATAL - Declaración de paz y salvo no es válida si en acta de liquidación se reconocen créditos a favor del contratista / CONTRATO ESTATAL - Ausencia de constancias en acta de liquidación no exime de pago de créditos reconocidos en ella / CONTRATO ESTATAL - Incumplimiento por falta de pago de capital / PAGO - Inexistencia de prueba de la solución de crédito**

La Sala confirmará la providencia apelada, por este aspecto por lo pronto (incumplimiento del contrato por la falta de pago del capital adeudado), porque no hay duda de que la entidad estatal debe el capital reclamado por el actor -es decir, la suma de \$88'764.870-, y porque está demostrado que la entidad no lo pagó. La prueba del crédito a favor del actor es irrefutable: consta en el acta de liquidación del contrato, donde las partes expresaron -luego de hacer el balance sobre la “obra ejecutada”, los “valores recibidos por el contratista”, los valores “cancelados



al contratista”, la “deuda total al contratista por actas de obra”, y la deuda por actas de “reajuste”- que aún no se ha cancelado: “TOTAL DEUDA ACTAS MAS REAJUSTES” la suma \$88’764.870. Por eso no tiene razón el apelante, al decir en los alegatos de conclusión de primera instancia que las partes se declararon a “paz y salvo” en esta acta de liquidación, pues claramente se declaró que existe un crédito a favor del contratista y a cargo de la entidad. En estos términos, carece de sentido la apreciación de la entidad, porque es evidente el reconocimiento del crédito -por parte del Municipio-, de manera que la jurisprudencia que en su defensa invoca el actor, y que dispone que cuando las partes se declaran a paz y salvo -o cuando no se dejan constancias- no procede reclamación judicial, carece de justificación en esta ocasión, por lo clara y expresa que es el acta donde se declaró la deuda. Definido que sí procedía la demanda para reclamar el pago, la Sala encuentra, a continuación, que la entidad no demostró la solución del crédito, por varias razones: i) porque a ella le correspondía acreditar ese hecho, mediante la prueba del pago, lo cual no hizo; y ii) porque en los alegatos de conclusión de primera instancia la propia entidad sostuvo que no adeudaba nada, porque en el acta de liquidación constaba eso. Este argumento es inaceptable para la Sala, según se analizó antes. En otras palabras, el municipio no afirmó que hubiera pagado el saldo; por el contrario, sostuvo que no debía nada, porque en el acta no constaba eso.

**INTERESES MORATORIOS - Pretensión solicitada en la demanda conforme a su debida interpretación / DEMANDA - Interpretación por el juez. Condena al pago de intereses moratorios / DERECHO PROCESAL - Se vincula al derecho sustancial para que éste cumpla su finalidad / INTERESES MORATORIOS - No se exige prueba especial para su exigibilidad. Presunción del daño por retardo en pago de sumas de dinero / INTERESES MORATORIOS - Indemnización de perjuicios por mora. Reglas legales / INTERES MORATORIO - Constituye perjuicio por retardo en pago de sumas de dinero**

Se analizará ahora la otra inconformidad que presentó el Municipio contra la sentencia, que no sólo condenó al pago del capital –lo cual confirmará la Sala-, sino que también lo actualizó y ordenó el pago de intereses de mora. Sostiene el apelante que el actor no solicitó esta última condena, y por eso la sentencia es extrapetita. La Sala tampoco accederá a este reclamo, porque considera que el tribunal administrativo interpretó correctamente la demanda, y condenó al pago de una suma pedida: los intereses de mora. En efecto, al revisar las pretensiones de la demanda, la Sala encuentra que en la primera se solicitó la declaración de incumplimiento del contrato, y en la segunda y tercera requirió: “SEGUNDA: Que, como consecuencia de la pretensión anterior, se condene al MUNICIPIO DE SINCE (SUCRE), a pagar a mi mandante o a quien sus derechos represente, el monto de los perjuicios de toda índole sufridos por el actor, como resultado del incumplimiento del contrato descrito en la cláusula anterior (...). “TERCERA: Que la entidad demandada debe dar cumplimiento a la sentencia que se dicte dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A., y reconocerá y pagará intereses en el caso que se den los supuestos del inciso final del artículo 177, ibídem en la forma y términos allí previstos.” La Sala entiende que la pretensión transcrita contiene la solicitud de pago de los intereses moratorios. De hecho, con fundamento en la capacidad que tiene el juez de interpretar la demanda, para dilucidar su sentido real y preciso, y también para ajustarse al principio constitucional que establece que el derecho procesal se entiende vinculado al sustancial, para que este cumpla su finalidad material; a partir de los hechos y de las pretensiones no queda duda que la demanda no sólo buscaba que el Municipio



pagara el capital, sino también los intereses de mora por el retardo en cancelarlo. Por eso el actor solicitó, en la pretensión trascrita, que "... se condene al MUNICIPIO DE SINCE (SUCRE), a pagar a mi mandante o a quien sus derechos represente, el monto de los perjuicios de toda índole sufridos por el actor...", petición que, en sana lógica, perseguía igualmente el pago de los intereses. Además, no se olvide que esta clase de perjuicio no exige prueba especial para su exigibilidad, porque la ley simplemente establece que se presumen, sin que se requiera acreditar un daño en particular. Basta demostrar que se tiene un crédito, y que se presentó la mora en el pago, con lo que surge, inmediatamente, el derecho al mismo. En este sentido, establece el art. 1.617 del Código Civil: "Art. 1617. INDEMNIZACION POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está 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. "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." En estos términos, si el artículo citado presume el daño por el retardo en el pago de sumas de dinero, y que ese perjuicio adopta la figura del interés moratorio, bastaba al actor pedir la condena al pago "... de los perjuicios de toda índole sufridos por el actor..." para que el juez entendiera que alude a los intereses moratorios, que la ley supone causados por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación dineraria.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CIVIL - ARTICULO 1617 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 176 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 177

**CONTRATO ESTATAL - Intereses moratorios. Interés convencional. Interés legal / INTERESES MORATORIOS - En contratos estatales. Determinación / INTERESES MORATORIOS - Interés legal en contratos estatales es el señalado en la Ley 80 de 1993 / LEY 80 DE 1993 - Es norma especial en materia de intereses moratorios**

Definido el anterior aspecto, y de otro lado, los intereses que debe reconocer el Municipio son los de la ley 80 tal como los liquidó el a quo-: porque el contrato se firmó en vigencia de este estatuto de contratación, y también porque no habiéndose pactado un porcentaje distinto en el contrato, entonces se debía acudir a la ley. En estos términos, la norma aplicable es el art. 4, num. 8, de la ley 80, que dispone: "Art. 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: (...) "8o. 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.” Esta norma fue reglamentada por el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, que estableció la metodología para aplicarla, 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.” En virtud de estas disposiciones quedó claro que las partes pudieron pactar un interés ajustado al permitido por la ley, que se denomina interés convencional, pero dado que no lo hicieron –según se infiere del contrato aportado- entonces aplica el interés legal, que en este caso no corresponde al de la ley civil, ni al de la ley comercial, sino al de la ley 80, que es la disposición especial que rige este contrato, y que por aplicación del artículo 13 de la ley 80 excluye las normas del derecho privado, cuando en ella se regula un tema de manera especial, como en este caso. Por las razones expuestas, el a quo decidió acertadamente el proceso, al condenar no sólo al pago de intereses, sino también al aplicar la tasa de la ley 80 de 1993.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 4 NUMERAL 8 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13 / DECRETO 679 DE 1994 - ARTICULO 1

**RECURSO DE APELACION - Improcedente para hacer más gravosa la condición propia / ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL - Actualización**

También consideró el apelante que el Tribunal actualizó incorrectamente las actas, porque no tuvo en cuenta que las fechas de cada una son diferentes. Además de que “... entre otras cosas constituye un doble pago porque se están actualizando las sumas adeudadas que alegó el actor.” –fl. 140, cdno. ppal.- Agregó que el Municipio no tenía deudas con el contratista, por concepto de actualización, porque fue éste quien incumplió el contrato. La Sala no entiende parte del alcance del recurso, en este aspecto, porque tal como está formulado -si acaso se accediera a él- haría más gravosa la situación del mismo apelante, lo que riñe con el art. 350 CPC, inciso segundo, que sólo autoriza interponerlo en la parte en que perjudica a quien lo hace, de manera que no procede para hacer más gravosa la condición propia. En efecto, si se tiene como punto de partida la fecha de cada “Acta de obra” y de “reajuste” que conforman el valor total de los \$88’764.870, la actualización se haría desde una fecha anterior a la que tuvo en cuenta el a quo – abril de 1995-, pues esas actas son, obviamente, anteriores a la liquidación, que fue donde las partes acordaron que la suma adeudada era la indicada allí. De otro lado -aunque el anterior argumento es suficiente para negar esta parte del recurso-, si se aplica la tesis sobre las “constancias u observaciones en las actas de liquidación”, también se tendría que conservar la idea de que la suma a pagar es la que aparece en dicho documento, y que el contratista o la entidad habrían tenido que dejar constando una inconformidad al respecto, si se consideraba que las actas debieron actualizar la fecha de la liquidación, si aspiraban a reclamar otras sumas de dinero, lo cual no se hizo. Por esta razón, la suma a actualizar correspondía a la del acta de liquidación, como lo hizo el a quo; pero en esta instancia se tomará el valor actualizado para traerlo hasta la fecha de esta sentencia.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 350



**PAGO DE CAPITAL ACTUALIZADO - Compatibilidad de condena a ese pago mas los intereses moratorios. Casos en que procede / INTERESES MORATORIOS - Compatibilidad de su pago más el capital actualizado. Casos en que procede / INTERESES CIVILES - No contienen componente inflacionario y por ello procede la actualización de capital / INTERESES COMERCIALES - Contienen componente inflacionaria y actualizan capital / INTERESES MORATORIOS DE LA LEY 80 DE 1993 - Es compatible ordenar su pago y el del capital actualizado / CAPITAL INDEXADO - Compatibilidad con condena a pago de intereses moratorios / INTERESES MORATORIOS - Compatibilidad con condena a pago de capital indexado**

No obstante, otra cosa acontece con la discusión acerca de la compatibilidad o no de condenar al pago del capital actualizado más los intereses moratorios. Al respecto, es bueno recordar la jurisprudencia que existe sobre el particular, la cual varía dependiendo de la tasa de interés que se aplique en cada situación: i) Cuando el capital genera intereses civiles -6% anual- la jurisprudencia de esta Sección ha establecido que es compatible actualizarlo, porque esta tasa no contiene el componente inflacionario. ii) Por el contrario, cuando el capital genera intereses comerciales –una y media veces el bancario corriente- la jurisprudencia ha dispuesto que es incompatible actualizarlo, porque esta tasa contiene el componente inflacionario, de modo que cuando el acreedor recibe estos intereses su capital queda puesto a valor presente. iii) Finalmente, cuando el capital genera intereses de ley 80, la jurisprudencia dispuso, recientemente, que es compatible ordenar el pago de estos y también condenar por el capital actualizado, porque la ley lo ordena de esa manera. En estos términos, el tratamiento se parece al de la mora del Código Civil. En tal sentido se expresó: “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. (...) “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. (...) “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:...” (Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 17.214) En esto términos, tampoco tiene razón el apelante al cuestionar la sentencia del



tribunal, que acumuló los intereses de ley 80 con el capital indexado, pues está claro que son compatibles.

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 4 NUMERAL 8 / DECRETO 679 DE 1994 - ARTICULO 1

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la compatibilidad de la condena al pago del capital actualizado más los intereses moratorios establecidos en la Ley 80 de 1993, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, Exp. 17.214.

**CONDENA - Puede superar el valor inicial del contrato**

Finalmente, consideró el apelante que la condena era desproporcionada, pues no sólo supera el valor del contrato, sino que también desconoce que el Municipio pagó anticipadamente el 50% del valor del contrato, lo que generó para el contratista un enriquecimiento sin causa, y para la entidad un correlativo empobrecimiento de sus finanzas. Este argumento carece por completo de sentido, y por eso también se negará, porque una condena bien puede superar el valor inicial de un contrato, pues eso depende del monto del perjuicio causado, de la mora en el pago –si lo que se reclama es esto- o de otros factores que perfectamente pueden ser mayores al valor del negocio. De hecho, en el ordenamiento no tiene soporte la idea de que una condena tenga como referente máximo el valor del contrato, porque además sería injusta e inequitativa -cuando el perjuicio realmente supera dicho valor-.

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCION TERCERA**

**Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá D.C., junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010)

**RAD.:** 700012331000199605714 01  
**EXPEDIENTE:** 18.395  
**ACTOR:** HORACIO FRANCISCO MENDOZA MARTINEZ  
**DEMANDADO:** MUNICIPIO DE SINCE –SUCRE-  
**REFERENCIA:** CONTRACTUAL - APELACION SENTENCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Sincé, contra la sentencia de dieciséis de febrero de 2000, dictada por el Tribunal



Administrativo de Sucre, mediante la cual dispuso:

**“PRIMERO:** Se declara que el Municipio de Sincé - Sucre, incumplió el Contrato de Obra No. 07 celebrado con el ingeniero HORACIO MENDOZA MARTINEZ.

**“SEGUNDO:** En consecuencia a la anterior declaración, se condena en concreto al Municipio de Sincé - Sucre a pagar al ingeniero HORACIO MENDOZA MARTINEZ, la suma de **Doscientos veinticinco millones quinientos veintinueve mil quinientos cuarenta pesos (\$225'529.540) M.L.**

**“TERCERO:** Se dará cumplimiento a esta providencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

**“CUARTO:** Si no fuere apelada, se enviará al Consejo de Estado para que se surta el grado de Consulta.” -folios 130 a 138 cdno. Ppal.-

## ANTECEDENTES

### 1. La demanda.

El día 19 de julio de 1996, el señor Horacio Mendoza Martínez, en ejercicio de la acción contractual, formuló demanda con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas -folios 1 al 13 del cuaderno principal-:

**“PRIMERA:** Que el MUNICIPIO DE SINCE (SUCRE) incumplió el CONTRATO DE OBRA PUBLICA No. 07 de 28 de febrero de 1994, suscrito con mi mandante, cuyo objeto era la CONSTRUCCION DE POSOS (sic) SEPTICOS, REDES Y UNIDADES SANITARIAS DEL ALCANTARILLADO SIN ARRASTRE DE SOLIDOS (ASAS) DEL CORREGIMIENTO DE GRANADA, MUNICIPIO DE SINCE, de acuerdo a las cantidades, precios, especificaciones técnicas y demás condiciones especificadas en los pliegos de condiciones.

**“SEGUNDA:** Que, como consecuencia de la pretensión anterior, se condene al MUNICIPIO DE SINCE (SUCRE), a pagar a mi mandante o a quien sus derechos represente, el monto de los perjuicios de toda índole sufridos por el actor, como resultado del incumplimiento del contrato descrito en la cláusula anterior, LOS CUALES SE ACTUALIZARAN EN SU VALOR AL MOMENTO DE LA SENTENCIA O DE SU LIQUIDACION INCIDENTAL, de acuerdo con las fórmulas matemáticas utilizadas por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, LAS CUALES BUSCAN LA INDEXACION DE LOS VALORES ADEUDADOS, y que comprenderán la condena al pago por concepto de PERJUICIOS MATERIALES una suma NUNCA INFERIOR A OCHENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS (\$ 88.764.870.00),



conforme a lo señalado en el Acta Final de Obra de 21 de abril de 1995, y/o por lo que logre demostrarse por cualquier medio probatorio dentro del proceso.

“**TERCERA:** Que la entidad demandada debe dar cumplimiento a la sentencia que se dicte dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A., y reconocerá y pagará intereses en el caso que se den los supuestos del inciso final del artículo 177, ibídem en la forma y términos allí previstos.”

Como fundamento de las pretensiones narró los siguientes hechos. Que celebró con el Municipio de Sincé –Sucre- el contrato de obra pública No. 07 de febrero 28 de 1994, cuyo objeto era la “construcción de pozos sépticos, redes y unidades sanitarias del alcantarillado sin arrastre de sólidos (asas) del Corregimiento de Granada, Municipio de Sincé (Sucre)”.

Se estipuló en el contrato un valor fiscal de ciento ochenta y ocho millones setecientos treinta y seis mil cuatrocientos once pesos -\$188'736.411-. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, el actor suscribió con la Compañía de Seguros Skandia las respectivas pólizas de cumplimiento, buen manejo del anticipo, pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones, y de estabilidad de la obra.

Durante la ejecución del contrato las partes suscribieron las siguientes actas de obra y de reajuste de las mismas: i) acta de obra No. 1, por valor de \$ 37'306.739.00; ii) acta de obra No. 2, por valor de \$ 22'793.296.00; iii) acta de obra No. 3, por valor de \$ 19'501.814.00; iv) acta de obra No. 4, por valor de \$ 17'565.578.00; v) acta de reajuste No. 1, por valor de \$ 9'803.231.00; vi) acta de reajuste No. 2, por valor de \$ 5'989.479.00; vii) acta de reajuste No. 3, por valor de \$ 5'124.584,00; y viii) acta de reajuste No. 4, por valor de \$ 5'627.697.00.

Del acta de obra número 1, el Municipio adeuda \$2'359.214, y las demás actas no han sido pagadas. Además, de conformidad con el numeral siete de la sección IV del pliego de condiciones, el Municipio se obligó a pagar los reajustes que se causaran durante el tiempo de ejecución del contrato.

No obstante, el Municipio incumplió su obligación de pago, de forma reiterada, razón por la que el contrato se suspendió por un término de dos meses. No obstante, el actor culminó satisfactoriamente la obra contratada, lo que se acredita



con el acta final de liquidación del contrato. Pese a esto, el incumplimiento del Municipio ocasionó graves perjuicios al actor.

## **2. Contestación de la demanda**

La entidad pública no respondió la demanda.

## **3. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

La parte actora presentó alegatos de conclusión, y básicamente reiteró los argumentos de la demanda –fls. 124 a 126, cdno. 1-.

Por su parte, la entidad pública sostuvo que no adeudaba suma alguna al demandante, porque las partes, cuando liquidaron el contrato manifestaron que se encontraban a paz y salvo por todo concepto, y que el contratista -en la misma acta- no manifestó inconformidades.

El Ministerio Público no rindió concepto en esta instancia.

## **4. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Sucre profirió sentencia el 16 de febrero de 2000 –fls. 130 a 138, cdno. ppal.-. Concluyó que el Municipio de Sincé incumplió el contrato No. 07 de 1994, y por eso estaba obligado a indemnizar los perjuicios causados. Afirmó en la Sentencia:

“[R]esulta claro, que el contratista HORACIO MENDOZA MARTINEZ, cumplió con el objeto del Contrato de Obras Públicas No. 07, cual fue la construcción de pozos sépticos, redes y unidades sanitarias del alcantarillado sin arrastre de sólidos (asas) del Corregimiento de Granada, municipio de Sincé - Sucre, entregando la obra y recibéndola por parte del Municipio como consta en el Acta de recibo, visible a folios 72 y 73 del expediente; mientras que el Municipio de Sincé (Contratante), no cumplió su obligación, cual era la contenida en la cláusula cuarta.

“Que los valores descritos en las Actas de Obra, que a continuación se reseñan, son ciertos (...).

“Por lo tanto considera la Sala, que se deben reconocer esos valores



adeudados, debidamente actualizados. Los intereses, según lo ordenado en el inciso 2º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, por cuanto no se pactaron en el contrato, suma a la que se le aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico.”

## **5. El recurso de apelación**

La entidad pública interpuso el recurso de apelación –fls. 139 a 140, cdno. ppal.-. Solicitó revocar la sentencia, porque la decisión fue *extrapetita*, ya que condenó a pagar intereses moratorios, pese a que no fueron pedidos en la demanda, además de que constituían un doble pago, toda vez que las sumas a cancelar se habían actualizado en la misma providencia.

También consideró que el Tribunal actualizó incorrectamente las actas, porque no tuvo en cuenta que las fechas de cada una son diferentes. Agregó que el Municipio no tenía deudas con el contratista, por concepto de actualización, porque fue éste quien incumplió el contrato.

Finalmente, consideró que la condena era desproporcionada, pues no sólo supera el valor del contrato, sino que también desconoce que el Municipio pagó anticipadamente el 50% del valor del contrato, lo que generó para el contratista un enriquecimiento sin causa, y para la entidad un correlativo empobrecimiento de sus finanzas.

## **6. Actuación en segunda instancia**

Las partes no participaron en esta instancia, pero el Ministerio Público sí emitió concepto. Solicitó modificar parcialmente la sentencia, con fundamento en las siguientes razones –fls. 154 a 163, cdno. ppal.-:

Porque había lugar a declarar el incumplimiento del contrato, a cargo del Municipio de Sincé, y a condenarlo a pagar las sumas adeudadas al contratista. Además, considera que los intereses moratorios se liquidaron mal, porque debían calcularse de acuerdo con la mora de cada una de las actas de obra o de reajuste.



Finalmente, consideró que no le asistía razón al recurrente en relación con que el fallo había sido *extrapetita*, porque el actor había solicitado la indemnización de perjuicios de toda índole.

## CONSIDERACIONES

Para adelantar el estudio de los distintos temas que constituyen materia de la litis, se avanzará en el siguiente orden: i) la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; ii) consideración sobre la acción ejercida para cobrar el capital a que se refiere el acta de liquidación; iii) las pruebas aportada al proceso y su valor probatorio; iv) el caso concreto y v) la actualización de la condena, y las costas del proceso.

**1. Competencia del Consejo de Estado: Consideración preliminar sobre la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer del presente asunto, atendido el hecho de que en el contrato se pactó la *cláusula compromisoria*.**

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993<sup>1</sup>, que prescribe que la jurisdicción que conoce de las controversias originadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la de lo contencioso administrativo.

Adicionalmente, el art. 82 CCA. -modificado por el artículo 1 de la Ley 1.107 de 2006-, prescribe que esta misma jurisdicción está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas. En efecto, la norma dispone:

“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las

---

<sup>1</sup> Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”





**entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. (Negrillas fuera de texto)

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.” (Negrillas fuera de texto)



Pero el primer aspecto que observa la Sala, es que en el contrato No. 07 de 1994 las partes pactaron la denominada cláusula compromisoria, en virtud de la cual se comprometieron a:

“CLAUSULA DECIMA QUINTA: CONCILIACION DE CONTROVERSIAS.- Las diferencias o controversias que surjan entre el MUNICIPIO DE SINCE y el CONTRATISTA, por concepto de la celebración, interpretación, ejecución o terminación del presente Contrato, y que no puedan ser resueltas de común acuerdo, serán dirimidas conforme al siguiente procedimiento: 15.1. Si la diferencia fuere de naturaleza técnica, contable o jurídica, podrá solicitar la intervención de árbitros a fin de que éstos diriman los conflictos contractuales presentados. 15.2.1. El respectivo laudo será proferido en derecho y el lugar de funcionamiento del Tribunal será la ciudad de Sincelejo. El laudo arbitral será obligatorio para las partes. 15.2.2. El Tribunal estará compuesto por tres 3 árbitros, los cuales serán designados de común acuerdo por las partes. 15.2.3. Si las partes no se pusieren de acuerdo en la designación de uno o más árbitros, éstos serán designados por la Cámara de Comercio de Sincelejo y deberán ser abogados titulados. 15.3. En caso de duda sobre la naturaleza de la discrepancia entre las partes, se entenderá que ésta es de naturaleza jurídica y por consiguiente será dirimida por arbitramento. PARAGRAFO: Queda claro que las cláusulas de Terminación Unilateral y Caducidad, así como sus efectos no son susceptibles de decisión arbitral.”

En un evento similar al *sub iudice* dispuso la Sección, en la sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 29.699 -la cual se reiterará en esta ocasión-, con ponencia de quien actúa en la misma calidad en esta providencia, que:

“En virtud de este acuerdo podría decirse, en principio, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios donde sea parte una entidad estatal, siempre que -en materia contractual, en particular- no se haya pactado la cláusula compromisoria, como ocurre en el presente caso, en virtud de la cual las partes acuerdan no acudir a dicha jurisdicción para dirimir sus eventuales conflictos, para concurrir, en su lugar, a la justicia arbitral.

“En efecto, es claro -tanto en la doctrina como en la jurisprudencia-, que la cláusula arbitral -así como el compromiso-, producen falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para decidir un conflicto, pues el efecto natural de dicho pacto es excluir a las partes de la justicia que la ley asignó anticipadamente para resolver las diferencias que surjan entre los contratantes.



“No obstante, una increíble cualidad del derecho, donde la autonomía de la voluntad juega un papel decisivo, y que se expresa en una materia signada y caracterizada por las normas de orden público, tiene que ver con la posibilidad de las partes de un contrato de renunciar a la justicia común, para entregarse a una justicia especial. Cuando esto ocurre el juez competente pasa a ser el arbitral y deja de serlo, en condiciones normales, la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

“A juzgar por estas ideas, se tendría que declarar la nulidad de todo lo actuado en esta instancia, por falta de jurisdicción, toda vez que la cláusula... del contrato dispuso que cualquier diferencia que surgiera entre las partes sería dirimida por un tribunal de arbitramento, y resulta que en este caso la demanda se presentó y tramitó hasta esta instancia en la justicia administrativa.

“Sin embargo, la Sala recuerda que en situaciones como estas la jurisprudencia ha establecido que aun cuando se haya pactado una cláusula compromisoria en un contrato estatal, si las partes acuden -pese al pacto- a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que renuncian a la cláusula arbitral o al compromiso, y por ende la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir competencia.

“A esta actitud silenciosa, pasiva o tácita que asumen las partes en el proceso, es decir, al hecho de que una de ellas presente la demanda y la otra asista al proceso sin excepcionar la falta de jurisdicción, la jurisprudencia le ha asignado el efecto de derogar la cláusula arbitral. En otras palabras, se trata de la asignación de un efecto al silencio de las partes, atribuyéndose a su conducta y a su comportamiento el efecto de derogar la cláusula arbitral, para retornar al juez natural.

“Esta tesis fue expuesta, la primera vez, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de abril de 1992 –MP. Eduardo García Sarmiento. Actor: Transportes Guasca Ltda.- allí se señaló que:

‘De acuerdo con el citado artículo 2 del Decreto 2279 de 1989, la cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes,



puede ser modificada por éstas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción previa configurada por dicha cláusula compromisoria.

‘De esta manera el fundamento de la nulidad que alegan las recurrentes carece de sustento legal, por cuanto se basa en la existencia de la cláusula compromisoria y se dijo arriba que esa cláusula le da derecho al demandado para proponer la correspondiente excepción previa que, al no proponerla, no puede, según el mencionado artículo 10’0 (sic), alegarla como causal de nulidad.

‘De modo que, en este caso no se trata en verdad de falta de jurisdicción sino de que habiendo acordado las partes que las diferencias con ocasión del mencionado contrato de sociedad las someterán a árbitros, de sus efectos podían separarse, como así lo hicieron, la sociedad al presentar el escrito de demanda y las demandadas al contestar por escrito y no proponer la excepción previa que podían alegar oportunamente.

‘Así como la voluntad unánime de las partes puede apartarse del cauce personal de solución de los conflictos jurídicos, la misma aun tácitamente expresada pero ciertamente concorde, puede separarse de lo que antes conviene. Inclusive estando constituido el Tribunal de arbitramento las partes pueden de común acuerdo terminarlo como expresa el artículo 43 del citado Decreto 2279, cuando prevé la cesación de sus funciones “por voluntad de las partes.”<sup>2</sup>

“Obsérvese que en esa ocasión la parte demandada contestó la demanda, pero no alegó la falta de jurisdicción, de manera que entendió la Corte Suprema que su silencio ‘equivale’ a aceptar la jurisdicción ordinaria, o lo que es lo mismo, que renunció a la justicia arbitral.

“Esta postura es producto de la inferencia judicial, pues es claro que la cláusula arbitral existía en el contrato, pero la Corte Suprema dispuso que la conducta procesal asumida tuvo el efecto de derogar dicho pacto. Es más, señaló que fueron las partes quienes por escrito modificaron la cláusula arbitral, pues la demanda es el escrito de una de las partes del contrato y la contestación el de la otra, con lo cual quedó modificado el pacto, ‘de la misma forma en que lo habían hecho’.

---

<sup>2</sup> Tesis reiterada en otra sentencia de la Sala de Casación Civil, del 17 de junio de 1997 – MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss-.



“El problema que queda latente, entre muchos otros que supone asumir esta postura, es ¿qué pasa en caso de que una de las partes del contrato demande – existiendo cláusula arbitral-, pero la otra no conteste la demanda ni actúe en el proceso?”

“La argumentación que se viene de reseñar ciertamente carece de justificación para esta hipótesis, no obstante, la misma Corporación resolvió un caso como el planteado y dispuso que la falta de respuesta a la demanda, o en forma extemporánea, también equivale a la renuncia tácita de la cláusula arbitral:

‘... aunque cierto es que en una época se concluyó que para derogar el pacto compromisorio las partes debían suscribir otro documento “de la misma naturaleza en que se consignó dicho pacto”, sin que por ello el silencio pudiese surtir igual efecto (Sent. 17 abril de 1969), posteriormente **esta misma corporación, en fallo proferido el 22 de abril de 1992, consideró que la conducta procesal de los contratantes también puede ser, en un momento dado, signo evidente, si no de una derogatoria general que extienda sus efectos a todos los procesos futuros que puedan llegar a presentarse, sí por lo menos de una ineficacia sobreviniente y aceptada de común acuerdo**, circunscrita en sus efectos al respectivo proceso en curso.

‘Se entendió, entonces, que el acto contentivo de ese abandono de la cláusula compromisoria frente a una controversia dada, lo expresan en su conjunto la demanda y su contestación, **para admitir, por ende, el silencio sobre el particular como categórica muestra de una virtual renuncia a hacer uso del pacto arbitral**, apreciación que debe repetirse en el presente caso en el que se cuenta con la demanda respectiva, específicamente encaminada a provocar un pronunciamiento de la jurisdicción ordinaria, y en el que, aunque la excepción previa fundada en la cláusula compromisoria, se presentó por fuera del término previsto por la ley, **es lo cierto que la sociedad demandada fue notificada en legal forma y del silencio que guardó durante el traslado de ley, no queda alternativa distinta a inferir su consentimiento en orden a que el conflicto suscitado se ventile en ese orden jurisdiccional y, por lo tanto, fuera del marco procesal propio del arbitramento.**

‘Salta a la vista, en consecuencia, el desacierto de la censura cuando pretende que se declare la nulidad del proceso o, en su defecto, se tenga por probada de oficio la excepción previa de cláusula compromisoria, toda vez que, respecto a la primera hipótesis, no puede ser nulo un proceso en el que las partes, tácitamente, consintieron la actuación ante la jurisdicción ordinaria, lo que deja por fuera también la posibilidad de que opere entonces la pretendida excepción o que se configure la ocurrencia de un error



probatorio de hecho derivado de no haber visto el sentenciador la estipulación contractual en que ella se funda y dotado de la necesaria trascendencia decisoria, toda vez que aun cuando llegare a admitirse que en realidad de verdad el Tribunal incurrió en la falta de observación que le imputa el recurso en el tercero de los cargos formulados -cosa que apenas cabe plantear como simple conjetura-, ninguna incidencia había podido tener desacierto semejante en el resultado final del pleito pues por voluntad de los contratantes, partes en el litigio, **la susodicha cláusula arbitral quedó sin efectos en el presente caso.**<sup>3</sup> (Negrillas fuera de texto)

“Esta posición, decididamente, se dirige a mantener la jurisdicción del supuesto específico en la justicia ordinaria, pese a que en el caso concreto se contestó la demanda –pero de manera extemporánea- aduciendo la falta de jurisdicción. Se señaló que por no haberse alegado en tiempo oportuno al haberse notificado la demanda, se admitió en consecuencia la jurisdicción civil y se desistió de la arbitral.

“Esta postura es aún más rígida y dura que la asumida en la primera sentencia citada, pues en esta ocasión, a la falta de contestación de la demanda, se le dio el mismo efecto admisorio de la jurisdicción, como cuando se contesta pero no se alega la falta de jurisdicción.

“Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, también se ha referido a este aspecto. Así, por ejemplo, en la sentencia de 16 de junio de 1997 –exp. 10.882- señaló que:

‘Al haber acudido la sociedad contratista ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda de nulidad de las decisiones unilaterales de la entidad contratante de que trata este proceso, y pedir que como consecuencia de ello se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y se ordene la indemnización de los perjuicios ocasionados, no es posible escindir el conocimiento de las causas asignadas por la ley, en atención al principio de plenitud e integridad de la jurisdicción y de la competencia.

‘De tal manera, sería inadmisibles declarar la nulidad de los actos acusados y abstenerse de resolver sobre las peticiones consecuenciales, las cuales se encuentran en evidente relación lógica, bajo el argumento de que su conocimiento es de competencia de una institución contractual de naturaleza y carácter excepcional, y además meramente facultativa de las partes.’

---

<sup>3</sup> Sentencia proferida el 17 de junio de 1997, expediente 4781, Corte Suprema de Justicia.



“Luego, la misma Sección, en auto de marzo 19 de 1998 –exp. 14.097- señaló que cuando las partes de un contrato con cláusula arbitral acuden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que tácitamente renuncian a la jurisdicción extraordinaria, pues el demandante expresa dicha intención al presentar la demanda y el demandado al no proponer oportunamente la excepción de falta de jurisdicción. En este sentido, indicó que:

**‘Aplicados los razonamientos anteriores al caso sub-judice, se tiene que la parte actora al instaurar la presente demanda renunció tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento con el fin de dirimir cualquier conflicto que se suscitara en la ejecución del contrato No. 430 de 28 de diciembre de 1994, lo mismo sucedió con la parte demandada ya que en la oportunidad pertinente no propuso la excepción de cláusula compromisoria.**

‘Si las partes renunciaron en forma tácita a hacer uso de la cláusula compromisoria, no puede la parte demandada proponerla como incidente de nulidad fuera del término que la ley le otorga para contestar la demanda y proponer las excepciones a que haya lugar.’  
(Negrillas fuera de texto)

“Obsérvese un dato interesante en esta decisión. La Sala señaló que sólo existe un momento oportuno para alegar la falta de jurisdicción –al contestar la demanda-. De manera que con posterioridad no es posible proponerla, como de hecho trató de hacerlo el demandado en el caso concreto.

“Esta línea de pensamiento se itera el 4 de octubre de 2003, por parte de la Sección –exp. 10.883-. Se dijo allí que:

“En la cláusula décima novena del contrato 048 de 1987, celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano y el Consorcio Rómulo Toba Uscátegui - Luis Antonio Mancilla González, se dispuso que las divergencias que se suscitaran en relación con el mismo y que paralizaran o perturbaran la ejecución de las obras se someterían a la decisión de árbitros.

“Con fundamento en la existencia de la citada cláusula compromisoria el Tribunal se inhibió para pronunciarse respecto de las pretensiones formuladas en el tercer proceso acumulado, con el objeto de que se declarara que el IDU había incumplido el contrato y que se habían presentado circunstancias que determinaron el rompimiento del equilibrio financiero.



**“La Sala considera que es competente para decidir las citadas pretensiones toda vez que con la presentación de la demanda y la contestación de la misma las partes renunciaron a someter el litigio a un tribunal de arbitramento; esto es, prescindieron de la utilización de la cláusula compromisoria.**

(...)<sup>4</sup>

“De acuerdo con el citado artículo 2 del Decreto 2279 de 1989, la cláusula compromisoria, como un acuerdo privado entre las partes, puede ser modificada por éstas en la misma forma que para su establecimiento, esto es por escrito. Por lo tanto el demandante expresó su voluntad en el escrito de demanda al formular las pretensiones relacionadas con el contrato de sociedad, y las demandadas la suya con el escrito de contestación y no proponer oportunamente la excepción previa configurada por dicha cláusula compromisoria.

(...)

**“Aplicados los razonamientos anteriores al presente caso, se tiene que la parte actora, al instaurar la demanda, renunció tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento. Lo mismo sucedió con la parte demandada, dado que, en la oportunidad pertinente, no propuso la excepción de cláusula compromisoria.** Debe concluirse, por lo tanto, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer del proceso y resolver, en consecuencia, todas las pretensiones objeto de las demandas formuladas.” (Negrillas fuera de texto)

“Esta tesis se reiteró íntegramente en la sentencia de 26 de febrero de 2004 –exp. 25.094- donde la Sección señaló que, efectivamente, se entiende que se renuncia a la cláusula arbitral cuando una de las partes del contrato demanda y la otra contesta sin alegar la excepción de falta de jurisdicción:

‘Alega el recurrente que la cláusula compromisoria es inexistente porque fue rescindida por las partes cuando la señora Ortiz Uribe presentó demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa y la sociedad demandada no la contestó oportunamente.

(...)

‘1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 97 del CPC <sup>5</sup> la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia explicó que cuando se pacta una cláusula compromisoria y a pesar de ella una de las partes presenta demanda ante el juez estatal, le queda al demandado la posibilidad de excepcionar la existencia de la cláusula

---

<sup>4</sup> Ver, entre otras, sentencias del 16 de junio de 1997, expediente No. 10882, y del 29 de enero de 1998, expediente No. 13070. Ver también auto del 19 de marzo de 1998, expediente 14.097.

<sup>5</sup> Cabe precisar que el Código Contencioso Administrativo, al regular los recursos que proceden contra el auto de rechazo de la demanda, en única o en dos instancias, señaló en el último inciso del artículo 143 que *“Los recursos podrán fundarse también en las causales de que trata el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil”*.





compromisoria, para impedir el trámite del proceso ante un juez distinto al tribunal de arbitramento.

‘Precisó además<sup>6</sup> que si el demandado no alega la cláusula compromisoria, mediante la utilización de esa herramienta legal debe interpretarse su comportamiento en el sentido de que, al igual que el demandante, renunció a someter el concreto litigio al tribunal de arbitramento, perdiendo así la posibilidad de invocar, con posterioridad, la nulidad del proceso por falta de jurisdicción.  
(...)

‘La Sala acogió la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y en no pocas providencias<sup>7</sup> ha considerado la ineficacia de la cláusula compromisoria para el caso particular, cuando la parte demandada no alega oportunamente la existencia de la cláusula compromisoria.

‘La doctrina ha resaltado la condición de que el demandado invoque la existencia de la cláusula compromisoria para sustraer del conocimiento del juez estatal el asunto, en desarrollo del principio dispositivo que rige el arbitraje:’

“En esta ocasión, la Sala calificó la actitud de la parte demandada -quien no alegó la existencia de la cláusula compromisoria-, como una ‘renuncia’ a ella, de manera que se trata de una variante conceptual del tema, pues en las providencias anteriores se ha hablado de que dicha actitud equivale a una ‘derogación’ o ‘modificación’ de la cláusula arbitral, en virtud de un nuevo acuerdo de voluntades, proveniente de la demanda y la contestación.

“En una situación similar a la del caso concreto –es decir, a la que interesa en esta oportunidad-, se encontró que la parte demandada no contestó la demanda, ante lo cual la Sección señaló -sentencia de marzo 18 de 2004, exp. 15.936-:

‘Que el demandante hubiera iniciado el trámite arbitral con el fin de que le fueran reconocidos los perjuicios causados por el municipio con la declaratoria de caducidad del contrato, no implica la incompetencia de esta jurisdicción para conocer de esa controversia, como lo sugiere el Ministerio Público, por cuanto la sala ha señalado que cuando las partes acuden a esta jurisdicción y desconocen la existencia de la cláusula compromisoria o del compromiso se presenta la renuncia tácita a ese acuerdo. La renuncia tácita se presenta para la parte demandante cuando presenta la demanda

---

<sup>6</sup> Así lo manifestó en sentencia proferida el 22 de abril de 1992, expediente S 128, recurrente: Mercedes Cortes de Rodríguez y otra.

<sup>7</sup> Ver, entre otras, sentencias del 16 de junio de 1997, expediente No. 10882, y del 29 de enero de 1998, expediente No. 13070 y auto del 19 de marzo de 1998, expediente 14.097.



ante el juez del contrato y para la parte demandada, cuando guarda silencio y no propone la excepción de compromiso<sup>8</sup>.

‘Además de existir una decisión sobre los mismos, ya fuera el resultado de un acuerdo conciliatorio o de un laudo arbitral, no fue alegado en el proceso por la entidad demandada, razón por la cual la sala no puede afirmar que existe un pronunciamiento sobre dichos perjuicios, no obstante, la intención que se conoció de las partes de quererlos valorar económicamente ante un tribunal de arbitramento.’

“Uno de los aspectos especialmente valiosos de esta providencia fue que aplicó los mismos efectos de la falta de contestación de la demanda –es decir, la renuncia a la cláusula arbitral- a los considerados ante la contestación pero sin alegación de la excepción de falta de jurisdicción. Es decir, que estimó que también en esos casos se entiende que renuncia a la jurisdicción excepcional.

“Finalmente, en la sentencia de 16 de marzo de 2005 –exp. 27.934- la Sala reiteró que si era notificado el demandado y no alegaba la falta de jurisdicción, se entendía que renunciaba a la cláusula arbitral. No obstante, en esta ocasión se analizó un evento poco usual: Resulta que el demandante, en la demanda advirtió que con dicha acto procesal no renunciaba a la cláusula arbitral, pues sólo actuaba de este modo para evitar que caducara la acción. Frente a esta situación señaló la Sala que:

‘Sin embargo aunque en principio, como se ha explicado, esa cláusula es indicadora de que al momento en que las pactaron las partes desplazaron el conocimiento de las controversias transigibles al conocimiento de árbitros, lo cierto es que la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa por una de esas partes contratantes, es expresión de su renuncia tácita a dicha cláusula arbitral -salvo que se dijese no se renuncia en forma expresa- y que si notificado el demandado no reprocha la jurisdicción, tal circunstancia sería conclusiva de que ambos sujetos consintieron, mutuamente, en desistir de su propio pacto, de “cláusula arbitral”; “el contrato es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’ (art. 1.602 C. C. )

‘En consecuencia como el demandante dijo expresamente no renunciar a la cláusula compromisoria y, en consecuencia, al estar vigente la derogatoria del juez natural para conocer del litigio, habrá de confirmarse el rechazo que de la demanda hizo el Tribunal; se comparten todas sus apreciaciones.’

---

<sup>8</sup> Sentencia del 19 de marzo de 1998, Exp. 14.097.



“Una valoración de las distintas posturas, coincidentes por demás, permite llegar a las siguientes conclusiones:

“De un lado, se tiene que en aquellos supuestos en que un contrato estatal contemple una cláusula arbitral, esto no impide a las partes acudir a la justicia administrativa, para que dirima el conflicto que antes deseaban resolver ante la justicia arbitral. Para estos efectos es posible: i) suscribir un nuevo acuerdo derogando la cláusula arbitral o, simplemente, ii) demandar ante la justicia administrativa y también dejar de contestar la demanda o contestarla sin proponer la excepción de falta de jurisdicción.

“De otro lado, y en el sentido del segundo supuesto analizado, se entiende que cuando no se alega la falta de jurisdicción las partes renuncian a la justicia arbitral, reasumiendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad para conocer del conflicto. En este evento, el silencio de la parte demandada puede provenir de una de estas dos conductas posibles: i) contestar la demanda sin proponer la excepción correspondiente o ii) abstenerse, incluso, de contestar la demanda, y de intervenir en el proceso, comportamiento que hace entender que también renuncia a la justicia arbitral.

“Aplicadas estas ideas al caso concreto, encuentra la Sala que la parte demandante, con conocimiento, desde luego, de que había pactado una cláusula arbitral en el contrato, presentó la demanda ante esta jurisdicción, actitud que, se reitera en esta ocasión, equivale a renunciar, de su parte, a la justicia especial, para regresar a la administrativa.

“De otro lado, la entidad demandada no contestó la demanda, de manera que dejó pasar la oportunidad para proponer -si a bien lo quería-, la excepción de falta de jurisdicción, comportamiento que para la Sala equivale a renunciar a la cláusula arbitral, pues teniendo la oportunidad para excepcionar no lo hizo.”

En estos términos, existe jurisdicción para resolver el litigio propuesto por la parte actora, el cual se analizará a continuación.

## **2. Consideración sobre la acción ejercida para cobrar el capital a que se refiere el Acta de liquidación.**



La *causa petendi* de la demanda radica en el incumplimiento del contrato de obra que el actor le imputa a la entidad, pese a que él cumplió sus obligaciones, pero aquella no le pagó el valor total del contrato –según las actas de obra y de reajuste a las mismas–.

En efecto, en el acta de liquidación -suscrita por el contratista y el alcalde del municipio de Sincé-, se declara que la *"total deuda actas más reajustes provisionales"* en favor del contratista equivale a \$88'764.870, valor que precisamente éste reclama. Ahora, de tiempo atrás la Sala ha sostenido que los documentos contractuales -como el acta de liquidación bilateral- que reconocen créditos a favor de una u otra parte del contrato, y que cumplen con las exigencias que el Código de Procedimiento Civil establece para los títulos ejecutivos, prestan mérito ejecutivo a través del proceso ejecutivo que regula el mismo código.

Y es claro que las pretensiones de la demanda se dirigen a cobrar esta suma de dinero, lo que perfectamente pudo hacerse a través de un proceso ejecutivo, porque el documento reúne las condiciones de aquellos que prestan ese mérito; no obstante, la Sala considera que esto no es óbice para que la parte del contrato ejerza la acción contractual –que se tramita como un proceso ordinario de conocimiento-, siempre que las pretensiones se formulen en la forma que corresponde a esta clase de proceso. Nada se opone a ello.

Esta conclusión también tiene apoyo en el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, cuando quiera que el actor confunda la acción judicial con la cual accede al juez, pero siempre que las pretensiones –entre otros requisitos de la demanda- se ajusten a la acción que corresponde, de manera que se cumpla con lo que exige la ley. Así, por ejemplo, si se ejerce la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se debió ejercer la contractual, siempre que las pretensiones se ajusten a la que correspondía, se ha hecho prevalecer el derecho sustantivo, porque al fin y al cabo ambas acciones se tramitan a través del proceso ordinario. Lo propio acontece en el caso concreto.

### **3. Las pruebas aportadas al proceso y su valor probatorio.**



El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo señala que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil<sup>9</sup>. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también parte de la filosofía que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 CPC.<sup>10</sup>, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 CPC. regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original, en los siguientes eventos: i) cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada, ii) cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y iii) cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir, el expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención –art. 251 CPC.-, se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 CPC.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada -al tenor de lo dispuesto en el aludido art. 252 CPC.- se reputará auténtico en los siguientes casos: i) cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; ii) cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; iii) cuando se encuentre reconocido

---

<sup>9</sup> Art. 168 CCA.: “PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

<sup>10</sup> Art. 253 CPC.: “Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”



implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; iv) cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y v) cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso. En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.

“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”

Con fundamento en lo anterior, y antes de considerar el recurso de apelación propuesto, se requiere examinar las pruebas aportadas al proceso, para establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados y su respectiva calificación probatoria:

3.1. *Originales y copias auténticas.* Los siguientes documentos fueron aportados en original o en copia auténtica, razón por la que serán valorados:



- El contrato de obra pública número 07 de 1994, suscrito por el Alcalde Municipal de Sincé y por el señor Horacio Mendoza Martínez, el día 28 de febrero de 1994, del cual se destacan las siguientes cláusulas:

“CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO.- 2.1. El objeto del presente contrato es la CONSTRUCCION DE POZOS SEPTICOS, REDES Y UNIDADES SANITARIAS DEL ALCANTARILLADO SIN ARRASTRE DE SOLIDOS (ASAS) DEL CORREGIMIENTO DE GRANADA, MUNICIPIO DE SINCE, Departamento de Sucre; en las cantidades, precios, especificaciones técnicas y demás condiciones especificadas en los pliegos de condiciones (...).

“CLAUSULA TERCERA: VALOR.- 3.1. El valor definitivo del presente contrato será el resultado de multiplicar las cantidades de suministros entregados por sus precios unitarios y/o globales y las cantidades de obra efectivamente ejecutadas, por los precios unitarios y/o globales, así como por las tarifas establecidas para cada item. 3.2. Para efectos fiscales el valor del presente contrato es la suma de CIENTO OCHENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS ONCE PESOS M. CTE. (\$ 188'736.411.00).

“CLAUSULA CUARTA: DURACION.- La duración total del presente contrato es de cinco (5) meses, contados a partir de la fecha en que el MUNICIPIO DE SINCE imparte al CONTRATISTA la orden de iniciación de la obra contratada, que se dará una vez perfeccionado este contrato.  
“(...)”

- El acta de suspensión de la obra, suscrita por el Alcalde de Sincé y por el contratista, el 28 de noviembre de 1994, en la que se expresó como motivo de la misma la falta de dinero del Municipio para concluir la obra. Además, el Municipio se comprometió a asumir los gastos que ocasionara la suspensión –fl. 64, cdno. 1-

- Oficio remitido por el señor Horacio Mendoza Martínez a la “Gerencia de Proyectos ASAS - Granada”, el 7 de diciembre de 1994, en el que informa que se encuentra en disposición de terminar la obra, una vez el Municipio le cancele el acta de obra No. 1, y le sitúe en la localidad de Granada los materiales que el Municipio se obligó a suministrar –fl. 65, cdno. 1-

- Oficio remitido por el contratista a la Ingeniera Mayra Marrugo, con el cual envía la programación de actividades pendientes de ejecutar, e informa que se encuentra pendiente de recibir los materiales por parte del Municipio –fls. 69 a 70, cdno. 1-



- Acta de obra No. 4, por valor de \$ 17'565.578.00, la cual se encuentra fechada el día 20 de abril de 1995, y suscrita por el contratista y por la señora Mayra Marrugo R. –por parte de la Gerencia de Proyecto-. Esta acta no tiene el sello de recibido del Municipio –fl. 45, cdno. 1-.

- Acta de liquidación final del contrato No. 07 de 1994, firmada por el contratista, el Alcalde y la señora Mayra Marrugo –Gerencia de Proyecto-, el día 21 de abril de 1995. Se dejó consignado que el valor de la obra ejecutada ascendió a \$191'535.630,36, también se relacionaron las actas de obra y de reajuste, se anotaron los pagos efectuados por el Municipio y se dejó constancia de que la liquidación arrojaba un saldo a favor del contratista de \$88'764.870.00 –fls. 72 a 73, cdno. 1-.

*3.2. Copias simples.* Se aportaron varios documentos en copia simple, y de conformidad con lo anotado anteriormente carecen de valor probatorio<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Los siguientes documentos fueron aportados en copia simple por el apoderado de la parte demandante:

- Documento que dice o pretendía ser una “póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades nacionales, Departamentales, Distritales, Municipales, Intendenciales y comisariales” por medio de la cual supuestamente se habrían amparado las obligaciones surgidas del contrato número 07 de 1994 (folios 30 al 35 del primer cuaderno).

- Aparente cuenta de cobro del valor del anticipo del 50% del contrato de obra pública No. 07 de 1994, por valor de \$ 94'368.206.00 (folio 36 del primer cuaderno).

- Supuesto comprobante de pago del anticipo, el cual en apariencia habría expedido el Municipio de Sincé el día 27 de abril de 1994 (folio 37 del primer cuaderno).

- Documento que en apariencia contiene la factura número 001, la cual habría sido expedida por el contratista por concepto del acta de obra número 1, por valor de \$ 37'306.739.00 y que se habría fechado el 15 de agosto de 1994 (folios 38 y 39 del primer cuaderno).

- Aparente factura número 002, la cual en apariencia habría sido suscrita por el señor Horacio Mendoza Martínez, por concepto del acta de obra número 2, por valor de \$ 22'793.296.00 y que se encontraría calendada el 30 de septiembre de 1994 (folios 40 y 41 del primer cuaderno).

- Supuesta factura número 003, en apariencia expedida por el señor Horacio Mendoza Martínez, por concepto del acta de obra número 3, por un valor de \$ 19'501.814.00 y que se habría expedido en octubre 31 de 1994 (folios 42 y 43 del primer cuaderno).

- Documento que aparenta contener la factura número 004, que habría expedido el señor Horacio Mendoza Martínez, por concepto del acta de obra número 4, por valor de \$ 17'565.578.00 y que se habría fechado el 13 de junio de 1995 (folio 44 del primer cuaderno).

- Oficio que en apariencia habría sido suscrito por la señora Martha Dávila Pérez, supuesta consultora del “programa Holanda-Pas”, en el cual le habría manifestado al Alcalde Municipal de Sincé, que el programa sólo efectuaría desembolsos cuando el Municipio solucionara los problemas que tenía el contrato (folios 46 y 47 del primer cuaderno).





#### 4. El caso concreto

La entidad pública fue quien interpuso el recurso de apelación, con el propósito de que se revoque la sentencia, porque la decisión del *a quo* es *extrapetita*, ya que la condenó a pagar intereses moratorios, pese a que no fueron pedidos por el actor.

También consideró que el Tribunal efectuó una incorrecta actualización de las actas, porque no tuvieron en cuenta que las fechas de cada una eran diferentes. Agregó que el Municipio no adeudaba al contratista suma alguna por concepto de actualización, porque fue éste quien incumplió el contrato.

Finalmente, consideró que la condena era desproporcionada, porque no sólo superaba el valor del contrato, sino porque desconoció que el Municipio pagó el 50% del valor del contrato de manera anticipada, razón por la que generaba para el contratista un enriquecimiento sin causa, y para la entidad un correlativo

---

- Supuesto oficio que el contratista habría enviado al Alcalde Municipal de Sincé, en el cual en apariencia le hizo una relación de las facturas correspondientes a los contratos números 06 de 1993 y 07 de 1994 (folio 48 del primer cuaderno).

- Aparente oficio que habría enviado la señora Martha Dávila Pérez –supuesta consultora del programa *Holanda-Pas*, en el cual le dijo al Municipio que cumpliera con los compromisos asumidos respecto de la construcción del acueducto de la localidad de Granada, de conformidad con una aparente reunión celebrada entre el contratista, el Alcalde y la consultora, cuya acta se habría adjuntado al oficio (folios 52 a 54 del primer cuaderno).

- Supuesto oficio que el señor Horacio Mendoza Martínez habría remitido al Alcalde Municipal de Sincé y en el cual en apariencia le reclama el pago de las facturas pendientes de cancelar por parte del Municipio (folio 55 del primer cuaderno).

- Aparente cuenta de cobro que el contratista habría enviado el Municipio de Sincé el 20 de febrero de 1995, por unos supuestos reajustes por valor de \$ 9'803.231.00 (folios 56 y 57 del primer cuaderno).

- Documento que en apariencia contiene el acta de reajuste número 2 – provisional, por valor de \$ 5'989.479, la cual se encontraría calendada el 20 de febrero de 1995 (folio 59 del primer cuaderno).

- Supuesta cuenta de cobro correspondiente al acta de reajuste número 3, por valor de \$ 5'124.564.00, que en apariencia se habría elaborado por el contratista el 20 de febrero de 1995 (folios 61 y 62 del primer cuaderno).

- Aparente oficio remitido al contratista por el señor José Enrique Rizo Pombo, el día 10 de marzo de 1995, en el cual supuestamente le habría informado que el Municipio había situado los materiales en la localidad de Granada y que, por esa razón, debía reiniciar la obra (folio 51 del primer cuaderno).

- Aparente acta de reajuste provisional número 4, por valor de \$ 5'627.696,65, que en apariencia se habría firmado el 26 de abril de 1995 por el contratista y la señora Mayra Marrugo, a nombre de “*Gerencia de Proyecto*” (folio 63 del primer cuaderno).



empobrecimiento de sus finanzas.

#### **4.1. Análisis sobre la declaración de incumplimiento del contrato, por la falta de pago del capital adeudado.**

La Sala confirmará la providencia apelada, por este aspecto por lo pronto, porque no hay duda de que la entidad estatal debe el capital reclamado por el actor -es decir, la suma de \$88'764.870-, y porque está demostrado que la entidad no lo pagó.

La prueba del crédito a favor del actor es irrefutable: consta en el acta de liquidación del contrato, donde las partes expresaron -luego de hacer el balance sobre la "obra ejecutada", los "valores recibidos por el contratista", los valores "cancelados al contratista", la "deuda total al contratista por actas de obra", y la deuda por actas de "reajuste"- que aún no se ha cancelado: "TOTAL DEUDA ACTAS MAS REAJUSTES" la suma \$88'764.870.

Por eso no tiene razón el apelante, al decir en los alegatos de conclusión de primera instancia que las partes se declararon a "paz y salvo" en esta acta de liquidación, pues claramente se declaró que existe un crédito a favor del contratista y a cargo de la entidad. En estos términos, carece de sentido la apreciación de la entidad, porque es evidente el reconocimiento del crédito -por parte del Municipio-, de manera que la jurisprudencia que en su defensa invoca el actor, y que dispone que cuando las partes se declaran a paz y salvo -o cuando no se dejan constancias- no procede reclamación judicial, carece de justificación en esta ocasión<sup>12</sup>, por lo clara y expresa que es el acta donde se declaró la deuda.

---

<sup>12</sup> En la sentencia de marzo 5 de 2008 -exp. 16.850- explicó al Sala sobre este tema: "En este orden de ideas, es correcto afirmar, como lo ha hecho esta Sala, que:

"i) Para demandar es necesario que las partes hayan dejado constancias en el acta de liquidación, si ésta se hizo de manera bilateral. Esta exigencia de procedibilidad de la acción contractual es exigible también del Estado, no sólo del contratista.

"Sin embargo, este supuesto tiene un matiz que lo hace razonable. Para exigir que las partes no se puedan demandar mutuamente, los hechos que sirven de fundamento a la reclamación debieron existir a más tardar para el momento de la suscripción del acta de liquidación, o proyectarse desde allí hacia el futuro, de manera que se pueda suponer que ellas realmente están disponiendo de sus derechos y obligaciones de manera clara y libre.

"Pero si la causa de la reclamación o demanda obedece a circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta, es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos en su favor, pues en tal caso desaparece el fundamento que ha



Definido que sí procedía la demanda para reclamar el pago, la Sala encuentra, a continuación, que la entidad no demostró la solución del crédito, por varias razones: i) porque a ella le correspondía acreditar ese hecho, mediante la prueba del pago, lo cual no hizo; y ii) porque en los alegatos de conclusión de primera instancia la propia entidad sostuvo que no adeudaba nada, porque en el acta de liquidación constaba eso. Este argumento es inaceptable para la Sala, según se analizó antes. En otras palabras, el municipio no afirmó que hubiera pagado el saldo; por el contrario, sostuvo que no debía nada, porque en el acta no constaba eso.

#### 4.2. Análisis sobre la condena al pago de intereses moratorios.

---

dado la Sala para prohibir lo contrario, es decir, que allí no se afectaría el principio de la buena fe contractual, con la cual deben actuar las mismas al momento de acordar los términos de la culminación del negocio, pues no existiendo tema o materia sobre la cual disponer –renuncia o reclamo-, mal podría exigirse una conducta distinta.

“Así, por ejemplo, es claro que un problema de estabilidad en la obra lo podrá exigir la entidad estatal del contratista después de suscrita el acta de liquidación, pues si al momento de firmarla los bienes se comportaban técnicamente bien no habría razón para dejar constando que estaban mal. Pero si un año después falla la obra, es perfectamente posible que se haga el reclamo judicial, sin que el acuerdo de entrega a satisfacción exonere al contratista de la ocurrencia de hechos posteriores que lo hagan responsable de sus actos.

“Del mismo modo aplica la solución si la situación es la inversa. Es decir, sirviéndose del caso concreto, si el contratista recibe un daño del Estado, por un hecho posterior al acta de liquidación bilateral, debe permitírsele reclamarlo. De lo contrario se negaría silenciosamente el derecho de acceso a la administración de justicia. Es el caso de la demora del Departamento en la recepción de las máquinas. En tal situación, si la entrega no se hizo al momento de la liquidación, sino después, ¿por qué razón se debía reclamar por un daño que no existía ni era previsible que ocurriera?

“Otra cosa sería si en este proceso el contratista reclamara el pago de arrendamiento de un predio y de los salarios del celador que cuidaba la máquina, por un período anterior al acta de liquidación, evento en el cual el contratista debió dejar constando este hecho en el acta. Sin embargo, en el caso concreto se reclama por el período subsiguiente a dicha fecha, porque el Departamento no recibió la maquinaria, y esto no se lo esperaba el contratista, según su versión de los hechos.

“ii) De otro lado, si la liquidación del contrato fue unilateral, el contratista queda en libertad de reclamar por cualquier inconformidad que tenga con ocasión de la ejecución del negocio.

“No obstante, la entidad pública no puede actuar del mismo modo, pues ella, al haber tenido el privilegio de liquidar, queda atada a sus planteamientos, de manera que no puede, posteriormente, agregar reclamos al contratista que no consten en el acto administrativo expedido, debiendo ceñirse a lo dicho en éste.

“iii) Si el negocio no se liquidó, ni bilateral ni unilateralmente, las partes pueden demandarse mutuamente, con absoluta libertad en la materia, pues ninguna restricción opera en este supuesto.

“En conclusión, aplicadas las anteriores ideas al caso concreto, le asiste la razón al recurrente por cuanto este no podía ser el motivo por el cual *a quo* negara las súplicas de la demanda. Por el contrario, sí era posible demandar como se hizo, de manera que la Sala revocará la decisión, por las razones expuestas.”



Se analizará ahora la otra inconformidad que presentó el Municipio contra la sentencia, que no sólo condenó al pago del capital –lo cual confirmará la Sala-, sino que también lo actualizó y ordenó el pago de intereses de mora. Sostiene el apelante que el actor no solicitó esta última condena, y por eso la sentencia es *extrapetita*.

La Sala tampoco accederá a este reclamo, porque considera que el tribunal administrativo interpretó correctamente la demanda, y condenó al pago de una suma pedida: los intereses de mora. En efecto, al revisar las pretensiones de la demanda, la Sala encuentra que en la primera se solicitó la declaración de incumplimiento del contrato, y en la segunda y tercera requirió:

**“SEGUNDA:** Que, como consecuencia de la pretensión anterior, **se condene al MUNICIPIO DE SINCE (SUCRE), a pagar** a mi mandante o a quien sus derechos represente, **el monto de los perjuicios de toda índole sufridos por el actor**, como resultado del incumplimiento del contrato descrito en la cláusula anterior, LOS CUALES SE ACTUALIZARAN EN SU VALOR AL MOMENTO DE LA SENTENCIA O DE SU LIQUIDACION INCIDENTAL, de acuerdo con las fórmulas matemáticas utilizadas por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, LAS CUALES BUSCAN LA INDEXACION DE LOS VALORES ADEUDADOS, y que comprenderán la condena al pago por concepto de PERJUICIOS MATERIALES una suma NUNCA INFERIOR A OCHENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS (\$ 88.764.870.00), conforme a lo señalado en el Acta Final de Obra de 21 de abril de 1995, y/o por lo que logre demostrarse por cualquier medio probatorio dentro del proceso.

**“TERCERA:** Que la entidad demandada debe dar cumplimiento a la sentencia que se dicte dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A., y reconocerá y pagará intereses en el caso que se den los supuestos del inciso final del artículo 177, ibídem en la forma y términos allí previstos.” (Resaltos fuera de texto)

La Sala entiende que la pretensión trascrita contiene la solicitud de pago de los intereses moratorios. De hecho, con fundamento en la capacidad que tiene el juez de interpretar la demanda, para dilucidar su sentido real y preciso, y también para ajustarse al principio constitucional que establece que el derecho procesal se entiende vinculado al sustancial, para que este cumpla su finalidad material; a partir de los hechos y de las pretensiones no queda duda que la demanda no sólo buscaba que el Municipio pagara el capital, sino también los intereses de mora por



el retardo en cancelarlo. Por eso el actor solicitó, en la pretensión trascrita, que "... se condene al MUNICIPIO DE SINCE (SUCRE), a pagar a mi mandante o a quien sus derechos represente, el monto de los perjuicios de toda índole sufridos por el actor...", petición que, en sana lógica, perseguía igualmente el pago de los intereses.

Además, no se olvide que esta clase de perjuicio no exige prueba especial para su exigibilidad, porque la ley simplemente establece que se presumen, sin que se requiera acreditar un daño en particular. Basta demostrar que se tiene un crédito, y que se presentó la mora en el pago, con lo que surge, inmediatamente, el derecho al mismo. En este sentido, establece el art. 1.617 del Código Civil:

"Art. 1617. INDEMNIZACION POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está 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.

"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." (Negrillas fuera de texto)

En estos términos, si el artículo citado presume el daño por el retardo en el pago de sumas de dinero, y que ese perjuicio adopta la figura del *interés moratorio*, bastaba al actor pedir la condena al pago "... de los perjuicios de toda índole sufridos por el actor..." para que el juez entendiera que alude a los intereses moratorios, que la ley supone causados por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación dineraria.

Definido el anterior aspecto, y de otro lado, los intereses que debe reconocer el Municipio son los de la ley 80 tal como los liquidó el *a quo*:- porque el contrato se



firmó en vigencia de este estatuto de contratación, y también porque no habiéndose pactado un porcentaje distinto en el contrato, entonces se debía acudir a la ley. En estos términos, la norma aplicable es el art. 4, num. 8, de la ley 80, que dispone:

“Art. 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:  
(...)

“8o. 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.”

Esta norma fue reglamentada por el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, que estableció la metodología para aplicarla, 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.”

En virtud de estas disposiciones quedó claro que las partes pudieron pactar un interés ajustado al permitido por la ley, que se denomina *interés convencional*, pero dado que no lo hicieron –según se infiere del contrato aportado- entonces aplica el *interés legal*, que en este caso no corresponde al de la ley civil, ni al de la ley comercial, sino al de la ley 80, que es la disposición especial que rige este contrato, y que por aplicación del artículo 13 de la ley 80 excluye las normas del



derecho privado, cuando en ella se regula un tema de manera especial, como en este caso<sup>13</sup>.

Por las razones expuestas, el *a quo* decidió acertadamente el proceso, al condenar no sólo al pago de intereses, sino también al aplicar la tasa de la ley 80 de 1993. Por estas razones, se confirmará la sentencia; no obstante la liquidación se hará a continuación.

#### **4.3. La actualización del capital y el pago de los intereses**

También consideró el apelante que el Tribunal actualizó incorrectamente las actas, porque no tuvo en cuenta que las fechas de cada una son diferentes. Además de que "... entre otras cosas constituye un doble pago porque se están actualizando las sumas adeudadas que alegó el actor." –fl. 140, cdno. ppal.- Agregó que el Municipio no tenía deudas con el contratista, por concepto de actualización, porque fue éste quien incumplió el contrato.

La Sala no entiende parte del alcance del recurso, en este aspecto, porque tal como está formulado -si acaso se accediera a él- haría más gravosa la situación del mismo apelante, lo que riñe con el art. 350 CPC, inciso segundo<sup>14</sup>, que sólo autoriza interponerlo en la parte en que perjudica a quien lo hace, de manera que no procede para hacer más gravosa la condición propia.

En efecto, si se tiene como punto de partida la fecha de cada "Acta de obra" y de "reajuste" que conforman el valor total de los \$88'764.870, la actualización se haría desde una fecha anterior a la que tuvo en cuenta el *a quo* –abril de 1995-, pues esas actas son, obviamente, anteriores a la liquidación, que fue donde las partes acordaron que la suma adeudada era la indicada allí.

---

<sup>13</sup> Dispone el inciso primero del art. 13 "DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley."

<sup>14</sup> "Art. 350. FINES DE LA APELACION E INTERES PARA INTERPONERLA. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme.

"Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia; respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 52."



De otro lado -aunque el anterior argumento es suficiente para negar esta parte del recurso-, si se aplica la tesis sobre las “constancias u observaciones en las actas de liquidación”, también se tendría que conservar la idea de que la suma a pagar es la que aparece en dicho documento, y que el contratista o la entidad habrían tenido que dejar constando una inconformidad al respecto, si se consideraba que las actas debieron actualizar la fecha de la liquidación, si aspiraban a reclamar otras sumas de dinero, lo cual no se hizo.

Por esta razón, la suma a actualizar correspondía a la del acta de liquidación, como lo hizo el *a quo*; pero en esta instancia se tomará el valor actualizado para traerlo hasta la fecha de esta sentencia.

No obstante, otra cosa acontece con la discusión acerca de la compatibilidad o no de condenar al pago del *capital actualizado* más los *intereses moratorios*. Al respecto, es bueno recordar la jurisprudencia que existe sobre el particular, la cual varía dependiendo de la tasa de interés que se aplique en cada situación:

i) Cuando el capital genera intereses civiles -6% anual- la jurisprudencia de esta Sección ha establecido que es compatible actualizarlo, porque esta tasa no contiene el componente inflacionario.

ii) Por el contrario, cuando el capital genera intereses comerciales –una y media veces el bancario corriente- la jurisprudencia ha dispuesto que es incompatible actualizarlo, porque esta tasa contiene el componente inflacionario, de modo que cuando el acreedor recibe estos intereses su capital queda puesto a valor presente.

iii) Finalmente, cuando el capital genera intereses de ley 80, la jurisprudencia dispuso, recientemente, que es compatible ordenar el pago de estos y también condenar por el *capital actualizado*, porque la ley lo ordena de esa manera. En estos términos, el tratamiento se parece al de la mora del Código Civil. En tal sentido se expresó:

“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<sup>15</sup>, 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.  
(...)

“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.  
(...)

“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

---

<sup>15</sup> 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.



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:...” (Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 17.214)

En esto términos, tampoco tiene razón el apelante al cuestionar la sentencia del tribunal, que acumuló los intereses de ley 80 con el capital indexado, pues está claro que son compatibles.

#### **4.4. La desproporción de la condena**

Finalmente, consideró el apelante que la condena era desproporcionada, pues no sólo supera el valor del contrato, sino que también desconoce que el Municipio pagó anticipadamente el 50% del valor del contrato, lo que generó para el contratista un enriquecimiento sin causa, y para la entidad un correlativo empobrecimiento de sus finanzas.

Este argumento carece por completo de sentido, y por eso también se negará, porque una condena bien puede superar el valor inicial de un contrato, pues eso depende del monto del perjuicio causado, de la mora en el pago –si lo que se reclama es esto- o de otros factores que perfectamente pueden ser mayores al valor del negocio. De hecho, en el ordenamiento no tiene soporte la idea de que una condena tenga como referente máximo el valor del contrato, porque además sería injusta e inequitativa -cuando el perjuicio realmente supera dicho valor-.

#### **5. La actualización de la condena, y las costas del proceso**

Como se conservará la condena por concepto del capital actualizado y de los intereses de mora, impuesta en la sentencia de primera instancia, la Sala sólo la actualizará desde su fecha hasta la de esta decisión, de la siguiente manera:

**5.1.** Para el capital, la actualización se hará desde la fecha de la sentencia –porque el *a quo* lo actualizó hasta allí- de la siguiente manera:

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final}) \text{ mayo de 2010}}{(\text{IPC inicial}) \text{ febrero de 2000}}$$



$$Va = \$174'933.564 \times \frac{(104,40)}{(59,07)} = \mathbf{\$309'176.639,26}$$

**5.2.** Para los intereses moratorios, que se deben liquidar hasta esta providencia, la Sala aplicará la metodología que establece el art. 1 del decreto 679 de 1994, así:

El acta de liquidación del contrato, que contiene la deuda a cargo del municipio – por la suma de \$88'764.870- se suscribió el 21 de abril de 1995. En el contrato se dispuso que los pagos se debían efectuar dentro de los 30 días calendario siguientes a cada acta –cláusula sexta, fl. 15 a 16, cdno. 1-, esto es, a más tardar este valor se debió cancelar el 21 de mayo de 1995, de allí que la mora empezó a contarse a partir de 22 de mayo de 1995.

Ahora, también se aclara que la actualización del capital que ordena hacer el reglamento se hará año por año, pero a la cifra resultante no se le sumará el monto del interés correspondiente a ese mismo período. Es decir, que la actualización se hará de manera pura, y sólo a ella se le sacará el interés de cada período. Al final, se sumarán los intereses de cada lapso, para hallar el total de la mora a la fecha de esta sentencia.

Fecha inic	Fecha final	Valor	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR AJUSTE	Capital Actualizado	Interese
22/05/1995	31/12/1995	\$88'764.870	29,40	31,24	1,062585	\$94'320.219,38	\$6'885.3
1/1/1996	31/12/1996	\$94'320.219,38	32,02	38,00	1,186758	\$111'935.274,92	\$13'432.2
1/1/1997	31/12/1997	\$111'935.274,92	38,63	44,72	1,157649	\$129'581.759,07	\$15'549.8
1/1/1998	31/12/1998	\$129'581.759,07	45,52	52,18	1,146309	\$148'540.736,66	\$17'824.8
1/1/1999	31/12/1999	\$148'540.736,66	53,34	57,00	1,068616	\$158'733.007,85	\$19'047.9
1/1/2000	31/12/2000	\$158'733.007,85	57,74	61,99	1,073605	\$170'416.550,89	\$20'449.9
1/1/2001	31/12/2001	\$170'416.550,89	62,64	66,73	1,065293	\$181'543.558,75	\$21'785.2
1/1/2002	31/12/2002	\$181'543.558,75	67,26	71,40	1,061552	\$192'717.927,88	\$23'126.1
1/1/2003	31/12/2003	\$192'717.927,88	72,23	76,03	1,052609	\$202'856.625,35	\$24'342.7
1/1/2004	31/12/2004	\$202'856.625,35	76,70	80,21	1,045762	\$212'139.750,24	\$25'456.7
1/1/2005	31/12/2005	\$212'139.750,24	80,87	84,10	1,039940	\$220'612.611,86	\$26'473.5
1/1/2006	31/12/2006	\$220'612.611,86	84,56	87,87	1,039143	\$229'248.051,33	\$27'509.7
1/1/2007	31/12/2007	\$229'248.051,33	88,54	92,87	1,048904	\$240'459.198,03	\$28'855.1
1/1/2008	31/12/2008	\$240'459.198,03	93,85	100,00	1,065530	\$256'216.489,28	\$30'745.9
1/1/2009	31/12/2009	\$256'216.489,28	100,59	102,00	1,014017	\$259'807.875,81	\$31'176.9
1/1/2010	23/06/2010	\$259'807.875,81	102,70	104,40	1,016553	\$264'108.475,57	\$15'846.5



<b>Total Intereses</b>						<b>\$348'509.013</b>
------------------------	--	--	--	--	--	----------------------

Saldo de capital actualizado	\$309'176.639,26
Intereses moratorios	\$348'509.013
<b>Total:</b>	<b>\$657'685.652,26</b>

Finalmente, la Sala no condenará en costas al apelante, porque no se aprecia una conducta temeraria, ni dilatoria en su posición, ni injustificada en la defensa de los derechos que creía tener. Por el contrario, se percibe un esfuerzo razonable por tratar de sacar adelante una parte de su defensa, y que con la lógica de dicha providencia le hacía pensar que en la segunda instancia tendría oportunidad de lograrlo.

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.** Confírmase la sentencia de dieciséis (16) de febrero de 2000, dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre, la cual quedará así:

**Primero:** Se declara que el Municipio de Sincé –Sucre, incumplió el contrato de obra No. 07 celebrado con el ingeniero HORACIO MENDOZA MARTINEZ.

**Segundo:** En consecuencia a la anterior declaración se condena en concreto al Municipio de Sincé-Sucre a pagar al ingeniero HORACIO MENDOZA MARTINEZ la suma de seiscientos cincuenta y siete millones seiscientos ochenta y cinco mil seiscientos cincuenta y dos pesos con veintiséis centavos (\$657'685.652,26)

**Tercero.** Se dará cumplimiento a esta providencia en los términos de los arts. 176 y 177 del CCA.



Exp. 18.395  
Horacio Mendoza Martínez Vs. Municipio de Sincé

**SEGUNDO.** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**  
Presidente

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ**

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ**  
Con salvamento de voto