

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Pretensión Principal / ACCIÓN CONTRACTUAL - Término de Caducidad / ACCIÓN IN REM VERSO - Pretensión Subsidiaria / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Improcedencia / VINCULACIÓN CONTRACTUAL - Inexistencia**

De la realidad fáctica reseñada en los antecedentes de este proceso resulta para la Sala ostensible que el asunto que dio origen a la pretensión principal es de naturaleza eminentemente contractual, como que proviene del incumplimiento en el pago de obras ejecutadas por encima del valor inicial del contrato, pero dentro del objeto propio del mismo. Y si se tiene en cuenta que la acción in rem verso, que se plantea de manera subsidiaria, no encuentra su fundamento en una vinculación contractual sino en una situación de hecho, que en la medida en que enriquece a la entidad estatal produce un empobrecimiento correlativo de la sociedad ejecutora, necesariamente ha de concluirse que el fenómeno de la caducidad de la acción, fundamento básico de la sentencia de primera y segunda instancia, solo habrá de analizarse bajo la perspectiva de la acción contractual, por ser improcedente la formulación de la acción de reparación directa, válida en los casos de enriquecimiento sin causa, que presupone, como ya se dijo, la ausencia de vinculación contractual, evento que no se configura en el presente caso.

**ACCIONES INDEMNIZATORIAS - Caducidad en tránsito de Legislación / ACCIONES INICIADAS BAJO EL RÉGIMEN DE PRESCRIPCIÓN - Mantenimiento del Término / PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA - Aplicabilidad / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Inaplicación / ACCIÓN CONTRACTUAL - Régimen Aplicable**

Bien distinto ha sido, el criterio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al ocuparse de los temas de la caducidad y de la prescripción de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración. Habiendo ocurrido estos bajo el fenómeno de la prescripción, si posteriormente se presenta un cambio sustancial consistente en introducir término de caducidad de la acción, considera que se debe acudir al texto del artículo 41 de la ley 153 de 1887 para concluir que, en los eventos en que se presenta esa modificación, las acciones iniciadas bajo el régimen de prescripción extintiva deben mantenerse con dicho término hasta que se lo complete, pues la modificación procedimental no puede afectarla a menos que así lo determine el prescribiente. La norma citada busca garantizar a quien adquirió el derecho a la prescripción al momento de ser afectado por la actuación administrativa que aquella se prolongará por el término inicialmente concebido, sin que la posterior modificación de los procedimientos pueda dar lugar a que el juez desconozca la garantía que en forma expresa e inequívoca se había generado en favor del administrado hasta el último día en que el término para la prescripción se complete. Ha precisado, igualmente, que a una relación jurídica amparada por el sistema de prescripción no se le puede aplicar el de caducidad, por tratarse de institutos no solo distintos sino excluyentes, análisis que sobre ellas efectuó la sentencia objeto del recurso extraordinario de súplica. Y si bien las sentencias de la Sala Plena traídas como sustento del presente recurso hacen relación a las acciones indemnizatorias de reparación directa por hechos de

la administración ocurridos con anterioridad a la vigencia del decreto 528 de 1964, que modificó el régimen de prescripción extintiva por el de caducidad de tres años, las mismas premisas le son aplicables a la acción contractual, que hasta la fecha de vigencia del Decreto 01 de 1984 se regía igualmente por dicho sistema de prescripción. De allí que al aplicar la anterior tesis de la Sala Plena al caso controvertido, como los hechos constitutivos del incumplimiento contractual que motivaron la presente demanda se refieren a la no cancelación de las obras ejecutadas por encima del valor del contrato según se consignó en el Acta de Liquidación No 53 de 1978, es evidente que a la fecha de presentación de la demanda - 5 de agosto de 1986 - no habían transcurrido los 20 años de la prescripción extintiva, sin que el término de caducidad de dos años que para ese tipo de acciones introdujo el Código Contencioso de 1984 pueda afectar el término de prescripción que se inició en 1978.

**EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD - Improcedencia / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Infirmación de la sentencia / JURISPRUDENCIA DE LA SALA PLENA - Contradicción.**

En la Sentencia de 25 de octubre de 1991 la Sección Tercera dio aplicación al artículo 136, inc. 7 del C.C.A. con la argumentación de que se trata de una acción que a 1 de marzo de 1984 no había sido objeto de demanda, por lo que corrió para ella el término de caducidad de 2 años que se venció al 1 de marzo de 1986. Como la demanda se presentó el 5 de agosto de 1986 para esa fecha ya estaba caducada, tesis que se encuentra en abierta contradicción con la jurisprudencia de la Sala Plena al respecto por lo que procede el recurso extraordinario de súplica. Consiguientemente, debe esta Sala infirmar la decisión que declaró probada la excepción de caducidad, y procede a dictar la sentencia que la sustituya.

**CONTRATO DE OBRA - Mayor Valor del Pactado / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD - Efectos / ACTO ADMINISTRATIVO - Revocatoria / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Existencia / DICTAMEN PERICIAL - Prueba**

Ha sido suficientemente aclarado en este contencioso que la obra inicialmente contratada por el Fondo Vial Nacional con la Sociedad actora, para la pavimentación y construcción del sector Río Samaná Río Claro de la carretera Bogotá - Medellín, originó un mayor valor sobre el pactado y pagado a la contratista, por la realización de obras que aunque relativas al objeto propio del contrato inicial dieron lugar a un valor por encima del acordado, hecho acreditado con el dictamen pericial e igualmente reconocido en la ley 18 y en la Resolución No 6629, ambas de 1982, así como por el propio Fondo Vial que en ningún momento ha cuestionado o controvertido la realización de esas obras ejecutadas por encima del contrato inicial. Comprobado entonces que el derecho al pago del valor de las obras ejecutadas por encima de lo contratado, cuyo reconocimiento es la principal pretensión, no tiene origen en el reconocimiento que de aquel se hizo en la ley 18 de 1982, declarada inexecutable, ni en la resolución que hubo de ser posteriormente revocada, sino que fue debidamente comprobado tanto por la

comisión evaluadora del Ministerio de Obras como por los peritos que rindieron su dictamen en la primera instancia, pues dichas obras a pesar de ser recibidas a satisfacción por el Fondo Vial Nacional no fueron pagadas a la contratista, necesariamente debe la Sala acoger la aludida pretensión por estar suficientemente probada la realidad fáctica que da lugar al pago y por no compartir el argumento, de carácter meramente legal, en que basó el ente demandado su desconocimiento.

**INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS - Lucro Cesante / LUCRO CESANTE - Reconocimiento / MORA EN EL PAGO - Intereses Moratorios / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Intereses Legales / REVISIÓN DE LOS PRECIOS - Intereses Aplicables**

Se atenderá, así mismo, a la pretensión que busca el reconocimiento del lucro cesante, porque sin lugar a dudas el retardo por parte del Fondo Vial Nacional de su obligación de pagar a la actora la suma adeudada por la obra ejecutada ha causado a ésta el perjuicio de no poder lucrarse con las ganancias que dicho dinero le hubiera podido reportar si lo hubiese percibido oportunamente. Por definición del artículo 1617 del Código Civil, cuando la obligación es de pagar una suma de dinero, la mora en su cumplimiento da lugar al reconocimiento de intereses, que si no han sido previamente pactados, como ocurrió en el presente caso por no poderse prever la posible mora en el pago, permiten acudir al interés legal del 6 o / o anual. Este reconocimiento se reiteró en el nuevo Estatuto Nacional de Contratación Administrativa - Ley 80 de 1993 - cuando al establecer los derechos y deberes de las entidades estatales que celebren contratos, prescribe: 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. Para el caso en examen, obviamente, se aplicará el sistema existente al momento en que incurrió en el incumplimiento, es decir, se reconocerá el interés legal del 6 o / o anual a que se hace mención la norma del Código Civil vigente en diciembre de 1978.

**AJUSTE DE VALOR - Base de Liquidación / ÍNDICE DE PRECIOS AL POR MAYOR CERTIFICADO POR EL BANCO DE LA REPUBLICA - Aplicación / ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR CERTIFICADO POR EL DANE - Inaplicación / ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA CONSTRUCCIÓN - Actualización de la Condena**

Para el reconocimiento de la obligación a cargo del Instituto Nacional de Vías y a favor de la parte actora se procede, a actualizar el valor de la suma adeudada desde diciembre de 1978, es decir, \$9.445-184.32, para lo cual se tomará como base el índice de precios al mayor certificado por el Banco de la República, y no los índices de precios al consumidor que certifica el DANE porque en operaciones vinculadas con la construcción no son los adecuados.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración de Sentencia de 12 de marzo de 1987 exp. : 4101.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**Consejero ponente: JOAQUÍN JARAVA DEL CASTILLO**

**Santa fe de Bogotá D.C., Marzo nueve (9) de mil novecientos noventa y ocho (1.998).-**

**Radicación número: S-262**

**Actor: SOCIEDAD COLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES - SOCOCO S.A.**

**Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE - INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Sociedad Colombiana de Construcciones SOCOCO S.A. contra la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Corporación, de fecha 25 de octubre de 1.991, mediante la cual, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 13 de octubre de 1.989 del Tribunal Administrativo de Antioquia, se mantuvo la declaratoria de caducidad de la acción.-

## **A N T E C E D E N T E S**

### **1. - La demanda.-**

La sociedad recurrente en ejercicio del contencioso relativo a contratos de que trata el artículo 87 del C.C.A., solicitó de la jurisdicción la declaración de incumplimiento del contrato # 403 de 1.973 y sus adicionales Nos. 422 de 1.974; 71 de 1.977 y 86 de 1.978, suscritos con el Fondo Vial Nacional para la construcción y pavimentación del sector Samaná - Río Claro, de la carretera Medellín - Bogotá. - El incumplimiento obedeció a la no cancelación del saldo por obra ejecutada que consta en el acta contractual No. 53 de diciembre de 1.978, ni

del reajuste del precio de las obras, como tampoco se procedió a la liquidación de los mencionados contratos. - Pidió, igualmente, se condenara al Fondo Vial a pagarle el valor de los perjuicios materiales ocasionados por el incumplimiento, en valores actualizados.-

En forma subsidiaria solicitó declarar que el Fondo Vial Nacional se enriqueció sin justa causa y a expensas del patrimonio de la sociedad contratante, cuando a pesar de haber recibido las obras materiales no canceló su valor ni los reajustes en ellas originados, quedando obligado el Fondo a reembolsar el valor actualizado de las obras ejecutadas y de los materiales suministrados, junto con sus frutos.-

## **2. - Los hechos.-**

Entre la Sociedad Colombiana de Construcciones SOCOCO S.A., antes SOCOCO LTDA., y el Fondo Vial Nacional se celebró el contrato de obra No. 403 de 1.973 para la construcción y pavimentación del sector Río Samaná - Río Claro, de la carretera Medellín - Bogotá, el cual contenía las estipulaciones propias referentes al plazo, valor, cantidad de obras y precios unitarios, contratos adicionales, forma de pago, ajustes al valor de las actas, obras complementarias y liquidación.-

Este contrato inicial fue modificado por tres contratos adicionales: los Nos. 422 de 1.974, 71 de 1.977 y 86 de 1.978. - Como a la postre los estimativos iniciales sobre la cantidad de obra requerida resultaron deficientes, la sociedad recurrente ejecutó hasta la terminación el objeto del contrato, al final del cual, con la Interventoría, elaboró y aprobó el acta contractual No. 53 de 20 de diciembre de 1.978 por valor de \$ 2.933.493.73, suma que actualizada ascendió a \$ 9.539.733.34.-

Consideró inicialmente el Fondo Vial Nacional que la legislación contractual vigente le prohibía efectuar pagos que sobrepasaran el valor estimado de los contratos a precios unitarios, pero como esta misma situación se extendió a otros

contratistas el Congreso expidió la Ley 18 de 1.982, por la que fue autorizado a efectuar unos reconocimientos, entre otros a la sociedad actora, por el valor anteriormente anotado. - Pero al declarar la Corte Suprema de Justicia inexecutable la citada Ley 18 por sentencia del 21 de octubre de 1.982, el pago nunca se efectuó, como tampoco la liquidación de los contratos, los que finalizaron por vencimiento del plazo, causando cuantiosos perjuicios a la recurrente originados en los hechos y omisiones del Fondo Vial Nacional. -

### **3. - Las sentencias de primera y segunda instancia.-**

Para el Tribunal Administrativo de Antioquia en el presente caso se configuró el fenómeno de la caducidad de la acción, porque por tratarse de una acción contractual, si bien hasta antes de la expedición del Decreto 01 de 1.984 el término para intentar las acciones resarcitorias se regía por las normas generales de la prescripción extintiva del Código Civil, ya en vigencia del mencionado estatuto, que introdujo el fenómeno de la caducidad para aquellas, el término para demandar a la administración por el incumplimiento de contratos realizados antes del 1º de marzo de 1.984 se vencía el 1º de marzo de 1.986.-

Como la demanda instaurada con miras a que se declarara el incumplimiento por parte del Fondo Vial Nacional de los contratos celebrados con la sociedad recurrente entre 1.978 y 1.979 solo fue radicada el 5 de agosto de 1.986, es decir, con posterioridad al plazo máximo señalado anteriormente, ello dió lugar a la configuración del fenómeno de la caducidad de la acción.-

Por su parte, la Sección Tercera de la Corporación al conocer del recurso de apelación interpuesto contra la anterior decisión distinguió entre los conceptos de prescripción extintiva o liberatoria y de caducidad de las acciones judiciales, para concluir que cada una presenta su propia fisonomía, tienen su propia regulación y finalidades distintas, sin que sea posible entremezclarlas.-

Sostuvo que, como en materia contractual en los procesos contencioso administrativos no existía regulación alguna sobre el tema, se hacía necesario acudir a las normas del Código Civil sobre prescripción; pero una vez en vigencia el decreto 01 de 1.984, por clara determinación del inciso 7º de su artículo 136 que introdujo para estos eventos la caducidad de dos años, por tratarse de norma de aplicación inmediata aún las demandas originadas en actos o hechos relacionados con contratos administrativos ocurridos antes del 1º de marzo de 1.984 se debían regir por el nuevo término de caducidad allí fijado.-

Por ello, aunque los hechos constitutivos del incumplimiento del contrato que dieron origen a la demanda tuvieron lugar entre 1.978 y 1.979, como para el 1º de marzo de 1.984 no se había instaurado acción alguna empezó a correr el término de dos años que venció el 1º de marzo de 1.986, fecha anterior a la presentación del libelo, configurándose entonces la caducidad de la acción.-

Al avocar el conocimiento de la petición subsidiaria, sobre el enriquecimiento sin causa del Fondo Vial Nacional, afirmó que esta clase de pretensiones tienen como fundamento fáctico la prestación de un servicio en beneficio de un ente público sin que el prestador del servicio, suministrador de los bienes o constructor de obra hubiere recibido una prestación equitativa por ausencia de un negocio jurídico, fuente de obligación. La anterior situación lleva a que la acción procesal pertinente para estos casos sea la de reparación directa prevista por el artículo 86 del C.C.A., modificado por el artículo 16 del decreto 2304 de 1.989.-

Como la responsabilidad derivada de hechos de la administración debía demandarse en acción de reparación directa dentro de los tres (3) años siguientes a la ocurrencia de los mismos conforme al artículo 28 del decreto 528 de 1.964, cuando entró en vigencia el decreto 01 de 1.984, que introdujo un término de caducidad de dos años para tales eventos, la demanda de responsabilidad por hechos ocurridos con anterioridad pero no demandados debía serlo antes del 1º

de marzo de 1.986, so pena de perder la oportunidad para accionar. - Como la pretensión subsidiaria de las principales de la demanda fue presentada el 5 de agosto de 1.986 en dicha oportunidad ya se había operado el fenómeno de la caducidad, lo que impedía el estudio de fondo de la pretensión por enriquecimiento ilícito.-

Confirmó por ello, la sentencia apelada en cuanto a la caducidad de la pretensión principal y la adicionó para declarar también probada la caducidad respecto de la petición subsidiaria sobre condena y pago por enriquecimiento sin causa.-

#### **4. - El recurso de súplica.-**

La Sociedad Colombiana de Construcciones "SOCOCO S.A." ha recurrido en súplica extraordinaria contra la sentencia de 25 de octubre de 1.991, por considerar que la Sección Tercera del Consejo de Estado desconoció allí la jurisprudencia de la Sala Plena sobre la aplicación del principio contenido en el artículo 41 de la ley 153 de 1.887, que en los casos de tránsito de legislación ha interpretado que los nuevos términos que se establezcan para acudir al juez administrativo solo gobiernan las situaciones que se sucedan a partir de su vigencia y no las ocurridas con anterioridad. - En ningún momento el nuevo Código contencioso dispuso que hechos anteriores a su vigencia debían entenderse como ocurridos el 1º de marzo de 1.984 y que, por ende, el plazo para demandarlos hubiera vencido el 1º de marzo de 1.986 como se sostiene en la sentencia recurrida.-

Por el contrario, agrega, reiterada jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, que cita como fundamento del recurso, sostiene que en el caso concreto de las acciones de responsabilidad contractual del Estado los hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia del decreto 01 de 1.984 no son objeto de caducidad, sino que se rigen por las normas de la prescripción del artículo 2536 del Código Civil. - Aceptar la interpretación que hace la sentencia de

que el hecho dañoso que motivó el ejercicio de la acción sucedió en el momento de entrar en vigencia la nueva ley procesal y no cuando realmente ocurrió para aplicarle aquella, no es más que una ficción que da efecto retroactivo a la norma con violación de claros postulados constitucionales y legales.-

Cita como contrariadas las siguientes sentencias de la Sala Plena Contencioso-Administrativa de la Corporación:

De 2 de marzo de 1.982, Consejero Ponente Dr. Eduardo Suescún, Actor: Eliseo López Hidalgo y otra.

“Aunque en este juicio no se propuso la excepción de prescripción ni ha sido objetada la vigencia de la acción resulta importante aclarar que el presente juicio se rige por el antiguo sistema de la prescripción ordinaria civil y no por el nuevo de la caducidad administrativa establecido para las acciones indemnizatorias por el Decreto 528 de 1.964. En efecto así lo indica el artículo 41 de la ley 153 de 1.887 y así lo ha resuelto el Consejo en forma reiterada, dado que los hechos ocurrieron en 1.956, cuando el régimen aplicable era el de la prescripción civil”. ( Anales 1.982, primer semestre, pags. 427 a 430 ).-

De 24 de agosto de 1.982, Consejero Ponente Dr. Eduardo Suescún. Actor: Alba Lucia Méndez García y otros.

“Al ocurrir el siniestro de que trata la demanda, en diciembre de 1.961, se constituyó automáticamente, por obra de la ley, una situación jurídica concreta en favor de los damnificados, consistente en quedar como titulares del derecho a reclamar indemnización por el daño sufrido. Ese derecho subjetivo incluía

necesariamente su posibilidad real de ejercicio la cual, gobernada entonces por el sistema de la prescripción, debe respetarse plenamente mientras se cumple el lapso de la prescripción respectiva, dado que esta es una garantía de carácter civil contra la cual no cabe la aplicación retroactiva de la ley. En consecuencia, en este caso los actores están amparados para pedir y obtener ahora la intervención de la jurisdicción. Y no cabe en contra suya, para estos efectos, sino la excepción de prescripción, a iniciativa de la parte demandada. Es lo mismo que ocurre actualmente con la persona que ejercita la acción administrativa contractual por nulidad del contrato ( art. 20 de la ley 50 de 1.936 ); está amparada por la prescripción y en consecuencia, la jurisdicción ante una demanda en tal sentido no tiene otra alternativa que ordenar la apertura del juicio, como igualmente habrá de hacerse aquí”. - ( Anales, segundo semestre de 1.982, páginas 899 a 902 ).

De 15 de febrero de 1.985, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancurt Jaramillo.  
Actor: Industria de Licores del Valle.

“Por lo demás, la orientación mayoritaria de ésta misma Sala muestra cómo el régimen aplicable para aquellas acciones de reparación directa por hechos anteriores a la vigencia del Decreto 528 de 1.964, es el de la prescripción extintiva y no el de la caducidad impuesta en el artículo 28 del antedicho decreto, por no tener esta norma efectos retroactivos”.-

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

I. - A efectos de establecer la procedencia del recurso extraordinario de súplica debe precisarse, inicialmente, la acción de que se trata en el presente asunto, pues de ello deriva la oportunidad con que contaba la Sociedad Colombiana de Construcciones "SOCOCO S.A." para acudir ante la jurisdicción a fin de obtener el reconocimiento de su derecho. -

Se plantearon en la demanda contra el Fondo Vial Nacional unas pretensiones principales y otra subsidiaria. - Las primeras hacen relación al contrato # 403 de 1.973 y sus adicionales Nos. 422 de 1.974, 71 de 1.977 y 86 de 1.978, por los cuales la Sociedad actora se obligó para con el Fondo a ejecutar, a precios unitarios fijos, las obras necesarias para la construcción y pavimentación del sector Río Samaná - Río Claro, de la carretera Medellín - Bogotá, de los cuales surgió un reajuste del precio inicialmente convenido según se consignó en el Acta Contractual # 53 de diciembre de 1.978, mayor valor que ascendió a la suma de \$ 9.539.733.34 y que no fue cancelado por la entidad estatal. - En la subsidiaria se pretende de la jurisdicción la declaración de que hubo enriquecimiento ilícito por parte del Fondo Vial y en detrimento de la demandante, cuando ingresaron al patrimonio de aquellas obras y materiales sin que se hubiere cancelado su valor.-

Pero de la realidad fáctica reseñada en los antecedentes de este proceso resulta para la Sala ostensible que el asunto que dió origen a la pretensión principal es de naturaleza eminentemente contractual, como que proviene del incumplimiento en el pago de obras ejecutadas por encima del valor inicial del contrato, pero dentro del objeto propio del mismo. Y si se tiene en cuenta que la acción in rem verso, que se plantea de manera subsidiaria, no encuentra su fundamento en una vinculación contractual sino en una situación de hecho, que en la medida en que enriquece a la entidad estatal produce un empobrecimiento correlativo de la sociedad ejecutora, necesariamente ha de concluirse que el fenómeno de la caducidad de la acción, fundamento básico de la sentencia de primera y segunda instancia, solo habrá de analizarse bajo la perspectiva de la acción contractual, por ser improcedente la formulación de la acción de reparación directa, válida en los

casos de enriquecimiento sin causa, que presupone, como ya se dijo, la ausencia de vinculación contractual, evento que no se configura en el presente caso.-

Según se desprende de los antecedentes, los hechos constitutivos del incumplimiento contractual de que trata la presente acción tuvieron ocurrencia entre 1.978 y 1.979. - Para entonces las acciones contractuales carecían de determinación expresa legal en cuanto al término para ser instauradas, por lo que se acudía a la norma general que sobre prescripción de los derechos contempla el artículo 2536 del Código Civil. Fue a partir del 1º de marzo de 1.984, fecha en que entró en vigencia el nuevo Código Contencioso Administrativo que vino a regular la materia, cuando en el artículo 136 inc. 7º se estableció expresamente un término de caducidad de dos años para las acciones relativas a contratos.-

El interrogante que se plantea es si las controversias contractuales nacidas con anterioridad al decreto 01 de 1.984, que al 1º de marzo de ese año no hubieren sido objeto de demanda, se empezarían a regir por el nuevo término de caducidad de dos años o si, por el contrario, se mantenía para ellas el plazo vigente al momento de su surgimiento, es decir, el de la prescripción de 20 años del Código Civil. -

En la sentencia de 25 de octubre de 1.991, objeto de este recurso extraordinario de súplica, la Sección Tercera de la Corporación argumentó al respecto, así:

“ .....

“ c) El tema de las acciones contractuales en el proceso contencioso administrativo, presenta históricamente dos épocas bien distintas, en punto tocante con la caducidad de la misma. En efecto, antes del Decreto 01 de 1.984, el legislador colombiano no había previsto dicha institución para el campo contractual

administrativo y, por lo mismo, mal pueden hacerse elucubraciones, para entonces, alrededor de dicho tema; se repite, por falta de previsión legal sobre tal aspecto. Por el contrario, a partir de la vigencia del decreto 01 de 1.984 ( 1 de marzo de 1.984 ), por clara determinación del inciso 7º del artículo 136, se estableció el fenómeno de la caducidad para las acciones derivadas del contrato administrativo en dos años, contados desde la expedición de los actos o desde la ocurrencia de los hechos que originen la reclamación del contratista.-

“ Lo anterior está significando que demandas presentadas con anterioridad al 1 de marzo de 1.984, originadas en contratos, no admiten discusión sobre existencia o inexistencia de caducidad de tales acciones; demandas originadas en actos o hechos relacionados con contratos administrativos ocurridos antes del 1 de marzo de 1.984 pero no presentadas hasta entonces, se rigen por el fenómeno de la caducidad de la acción contractual, prescrito por el artículo 136 inciso 7 del C.C.A., por cuanto esta disposición de naturaleza eminentemente procedimental tiene efecto inmediato y entra a regular aspectos que no se hubieren consolidado o consumado antes de esa fecha; y, mas obvio, aún, resulta concluir que los actos y hechos relacionados con contratos administrativos, cuya ocurrencia tuviere lugar del 1 de marzo de 1.984 en adelante, sus acciones se verán indefectiblemente gobernadas por el referido fenómeno de la caducidad”. - ( Subrayas del texto ).-

Conforme a la anterior interpretación para la Sección Tercera, independientemente del momento en que se sucedieron los hechos o actos de la administración que perjudican al particular y de los plazos con que éste contaba para demandar en ese entonces, cuando un nuevo procedimiento entra en vigencia y con él un nuevo

término para ejercer las acciones, por tratarse de normas de aplicación inmediata dichas acciones se deben someter a esos nuevos plazos aunque las situaciones hubieren ocurrido con anterioridad a su vigencia y siempre que a la fecha del nuevo procedimiento aún no hubieren sido objeto de demanda.-

Bien distinto ha sido, en cambio, el criterio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al ocuparse de los temas de la caducidad y de la prescripción de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración. - Habiendo ocurrido estos bajo el fenómeno de la prescripción, si posteriormente se presenta un cambio sustancial consistente en introducir término de caducidad de la acción, considera que se debe acudir al texto del artículo 41 de la ley 153 de 1.887 para concluir que, en los eventos en que se presenta esa modificación, las acciones iniciadas bajo el régimen de prescripción extintiva deben mantenerse con dicho término hasta que se lo complete, pues la modificación procedimental no puede afectarla a menos que así lo determine el prescribiente. - La norma citada en su tenor literal expresa:

“Art. 41. La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera ó la segunda, á voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir”.-

Busca garantizar a quien adquirió el derecho a la prescripción al momento de ser afectado por la actuación administrativa que aquella se prolongará por el término inicialmente concebido, sin que la posterior modificación de los procedimientos pueda dar lugar a que el juez desconozca la garantía que en forma expresa e inequívoca se había generado en favor del administrado hasta el último día en que el término para la prescripción se complete. - Ha precisado, igualmente, que a una relación jurídica amparada por el sistema de prescripción no se le puede aplicar el de caducidad, por tratarse de institutos no solo distintos sino excluyentes, criterio

que se mantuvo en el detallado análisis que sobre ellas efectuó la sentencia objeto del recurso extraordinario de súplica.-

Y si bien las sentencias de la Sala Plena traídas como sustento del presente recurso hacen relación a las acciones indemnizatorias de reparación directa por hechos de la administración ocurridos con anterioridad a la vigencia del decreto 528 de 1.964, que modificó el régimen de prescripción extintiva por el de caducidad de tres años, las mismas premisas le son aplicables a la acción contractual, que hasta la fecha de vigencia del Decreto 01 de 1.984 se regía igualmente por dicho sistema de prescripción.-

De allí que al aplicar la anterior tesis de Sala Plena al caso controvertido, como los hechos constitutivos del incumplimiento contractual que motivaron la presente demanda se refieren a la no cancelación de las obras ejecutadas por encima del valor del contrato según se consignó en el Acta de Liquidación No. 53 de 1.978, es evidente que a la fecha de presentación de la demanda - 5 de agosto de 1.986 - no habían transcurrido los 20 años de la prescripción extintiva, sin que el término de caducidad de dos años que para ese tipo de acciones introdujo el Código Contencioso de 1.984 pueda afectar el término de prescripción que se inició en 1.978.-

En la sentencia de 25 de octubre de 1.991 la Sección Tercera dió aplicación al artículo 136, inc. 7º del C.C.A. con la argumentación de que se trata de una acción que a 1º de marzo de 1.984 no había sido objeto de demanda, por lo que corrió para ella el término de caducidad de 2 años que se venció al 1º de marzo de 1.986. - Como la demanda se presentó el 5 de agosto de 1.986 para esa fecha ya estaba caducada, tesis que se encuentra en abierta contradicción con la jurisprudencia de Sala Plena al respecto por lo que procede el recurso extraordinario de súplica. - Consiguientemente, debe esta Sala infirmar la decisión que declaró probada la excepción de caducidad, y procede a dictar la sentencia que la sustituya.-

II. - La controversia se centra en que la Sociedad Colombiana de Construcciones "SOCOCO S.A." alega que en cumplimiento del contrato # 403 de 1.973 y sus adicionales, ejecutó obras por encima del valor del contrato pero dentro del objeto propio del mismo, según quedó consignado en el Acta de Liquidación No. 53 de 1.978 que no fue cancelada por el Fondo Vial Nacional. - Por su parte, la entidad demandada centra su defensa en las excepciones de caducidad de la acción y de indebida acumulación de pretensiones.-

#### **II. a. - De las excepciones propuestas.-**

Previo al estudio de mérito de la cuestión subjúdice avoca la Sala el análisis de las excepciones propuestas por el Fondo Vial Nacional. - Afirma que se pretende el reconocimiento de una obra que se ejecutó de hecho por cuanto se efectuó por fuera de los plazos y precios del contrato inicial y que, por tanto, la acción procedente era la de reparación directa, que al contar con un plazo de tres años desde la realización del hecho para intentar oportunamente la acción, se encontraba caducada a la fecha de radicación del libelo demandatorio.-

Para esta Sala, en cambio, como se precisó al analizar la procedencia del recurso extraordinario de súplica, la presente acción es eminentemente contractual. - La sociedad actora se vinculó con el Fondo Vial Nacional para la ejecución del contrato # 403 de 1.973, el cual fue objeto de adiciones encaminadas a prorrogar el plazo inicial, ampliar las fianzas y elaborar nuevos programas de trabajo e inversión. - Finalmente, al elaborar el acta de liquidación # 53 de 1.978, se estableció que sobre el total pactado de la obra de \$233.232.509.37, se había presentado un mayor valor de \$2.933.493.73, que actualizado a la fecha de la liquidación arrojó un valor de \$ 9.445.189, suma igual al reconocimiento solicitado en la demanda.-

Se tiene así que la pretensión principal de la demanda, encaminada al reconocimiento del anterior valor ajustado, está referida a la ejecución y liquidación de las obras de que trata el contrato # 403 de 1.973, pues el mayor valor solicitado surgió del cumplimiento del objeto propio del mismo, sin que quepa afirmar válidamente que se configuró allí una situación de hecho sobre la cual procediera únicamente la acción de reparación directa. - Por el contrario, en el varias veces mencionado acuerdo contractual se estipuló la posibilidad de que se presentaran obras complementarias no previstas en el contrato pero que por su naturaleza formaran parte de la obra contratada, estableciendo la forma de ejecutar dichas obras y de fijar su precio. - Y el anterior mayor valor resultante del contrato inicial lo admite la misma entidad demandada, por cuanto mediante la Resolución No. 6629 de 21 de julio de 1.982 el Ministerio de Obras Públicas hizo el reconocimiento a cargo del Fondo Vial Nacional y a favor de la sociedad demandante por concepto de OBRAS EJECUTADAS POR ENCIMA DEL VALOR DEL CONTRATO, haciendo clara referencia al vínculo contractual existente entre las partes.-

Por lo demás, la oportunidad con que contaba la actora para instaurar la acción ya fue analizada y es por ello que la excepción de caducidad propuesta por el Fondo Vial Nacional no está probada.-

Como segunda excepción se propone la de indebida acumulación de pretensiones, formulada de manera confusa en la contestación de la demanda pero que puede entenderse radicada en la circunstancia de haberse solicitado en aquella, como pretensión principal, la declaratoria de incumplimiento del contrato # 403 y sus adicionales por no haber cancelado el Fondo Vial Nacional el saldo por obras ejecutadas que consta en el acta contractual No.53 de 1.978 y, simultáneamente, aunque de manera subsidiaria, la declaración de enriquecimiento ilícito, cuando el Fondo ingresó a su patrimonio obras y materiales sin haber cancelado su valor.-

La anterior excepción fue ampliamente examinada por la Sección Tercera, llegando a la conclusión de que es necesario hacer diferencia entre las acciones que buscan la nulidad de los actos administrativos o su nulidad con restablecimiento del derecho, de aquellas enderezadas a obtener que se declare la responsabilidad patrimonial de una persona jurídica de derecho público. - En el primer evento es necesario demostrar la causal específicamente señalada en la ley configuradora de la violación de la legalidad objetiva a que debe someterse todo acto administrativo; en cambio, en las acciones indemnizatorias basta probar el daño alegado en la demanda, demostrar los hechos en que se sustenta la acción, para que corresponda al juez declarar el derecho. - Por ello las formalidades y ritualidades procesales se aplican en el contencioso indemnizatorio de manera menos restrictiva que en el de anulación, pues la finalidad última de las acciones resarcitorias es la reparación del daño alegado y probado.-

Como repetidas veces se ha sostenido en este proveído, la acción instaurada por la Sociedad Colombiana de Construcciones contra el Fondo Vial Nacional es de naturaleza eminentemente contractual, concluyéndose así en la pertinencia de la causa petendi respecto de la pretensión principal, que busca el reconocimiento del valor adicional originado en la culminación del objeto propio del contrato # 403 de 1.973 y sus adicionales, y en la desestimación de la pretensión subsidiaria sobre enriquecimiento ilícito. - La anterior premisa se apoya en el mandato constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, para no dar cabida, en este tipo especial de acción, a la excepción por indebida acumulación de pretensiones cuando el fin último de las dos peticiones, tanto la principal como la subsidiaria, es la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la administración.-

## **II. b. - Examen de mérito de la cuestión sub júdice.-**

Pretende la sociedad demandante el reconocimiento por parte del Fondo Vial Nacional del valor correspondiente a la ejecución de obras por encima de lo pactado inicialmente en el contrato # 403 de 1.973 y sus adicionales, en un exceso de \$ 2.933.493.75 según consta en el Acta de Liquidación No. 53 de 20 de diciembre de 1.978, posteriormente complementada en Acta de ajuste que llevó el anterior valor, con los índices de precios vigentes al mes de julio de 1.978, al valor definitivo por reconocer de \$ 9.539.733.34. - Es de advertir que la entidad demandada nada objetó sobre la anterior petición, limitándose a proponer excepciones contra la procedencia de la acción.-

Para demostrar el cumplimiento por parte de la demandante de las obligaciones a su cargo en la realización del contrato # 403 de 1.973 y sus adicionales, así como del mayor valor surgido del desarrollo del objeto propio del mismo, presupuesto indispensable para una definición sobre la responsabilidad a cargo del Fondo Vial Nacional, obran en el proceso los siguientes elementos probatorios:

1. - Contratos Nos. 403 de 1.973 y sus adicionales 422 de 1.974, 71 de 1.977 y 86 de 1.978, a folios 6 a 28, 30 a 32, 33 y 34, 35 a 39 del cuaderno principal, respectivamente.-

2. - Acta de recibo definitivo de la obra, de fecha 27 de septiembre de 1.979. ( Folios 40 y 41 ).-

3. - Acta de Liquidación No. 53 de 20 de diciembre de 1.978, en la que se establece un valor adicional al inicialmente pactado por \$ 2.933.493.73. ( Folios 42 y 43 ).-

4. - Acta de ajuste del anterior valor con el índice de julio de 1.978, que llega así al valor de \$ 9.539.733.34. ( Fol. 44 ). -

5. - Acta de 19 de julio de 1.982, por medio de la cual la comisión creada por el artículo 3º de la Ley 18 de 1.992 enumera los casos contemplados, con base en la

documentación solicitada a cada uno de los contratistas y a la de los archivos del Ministerio de Obras, estableciendo el valor de lo adeudado en cada caso por el Fondo Vial Nacional. - En dicho documento se evalúa el caso # 22, relacionado con la sociedad SOCOCO S.A., el contrato # 403 de 1.973 y sus adicionales. - Previa la determinación del valor total de la obra ejecutada y lo reconocido al contratista, se concreta un valor adicional a favor de la sociedad por \$ 9.445.184.32. ( Folios 145 a 151 ).-

6. - Resolución No. 6629 de 21 de julio de 1.982, por medio de la cual el Sr. Ministro de Obras Públicas reconoce a cargo del Fondo Vial Nacional, con apoyo en el informe de la comisión de evaluación mencionada en el numeral 5º, el pago de la suma de \$ 9.445.184.32 a favor de la sociedad demandante, por obras ejecutadas por encima del valor del contrato # 403 de 1.973 y sus adicionales ( Fls. 85 a 98 ).-

7. - Dictamen Pericial rendido ante el Tribunal Administrativo de Antioquia por expertos ingenieros, quienes después de analizar el material probatorio para establecer las obras realmente efectuadas y liquidadas concluye que la deuda del Fondo Vial Nacional - Ministerio de Obras Públicas - a SOCOCO S.A. como saldo no pagado del Acta No. 53 de diciembre de 1.978 asciende a la suma de \$ 9.445.184. ( Fls. 165 a 178 ).-

El análisis de conjunto de los anteriores elementos de juicio no deja duda sobre la suma que en el presente caso adeuda el Fondo Vial Nacional a la sociedad demandante. - La ley 18 de 1.982 reconoció la ejecución de obras por encima del contrato cuantificando el monto a pagar de acuerdo al informe de la comisión evaluadora, la que comprobó la obligación a favor de la accionante y su valor en Acta de 19 de julio de 1.982.-

Posteriormente el Ministerio de Obras Públicas recogió los anteriores antecedentes y expidió la Resolución No. 6629 de 21 de julio de 1.982, donde

ordenó, con cargo al Fondo Vial Nacional, el pago, entre otros, a la Sociedad Colombiana de Construcciones "SOCOCO S.A.", por la suma de \$ 9.445.184.-

Y aunque es cierto que la Ley 18 de 1.982 fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia y, por consecuencia de esa decisión judicial, fue revocada la Resolución No.6629 de 21 de julio de 1.982 con el argumento de que existían impedimentos de carácter legal para efectuar los pagos en ellas reconocidos, también lo es que ya ha sido suficientemente aclarado en este contencioso que la obra inicialmente contratada por el Fondo Vial Nacional con la sociedad actora, para la pavimentación y construcción del sector Río Sámana - Río Claro de la carretera Bogotá - Medellín, originó un mayor valor sobre el pactado y pagado a la contratista, por la realización de obras que aunque relativas al objeto propio del contrato inicial dieron lugar a un valor por encima del acordado, hecho acreditado con el dictamen pericial e igualmente reconocido en la Ley 18 y en la Resolución No.6629, ambas de 1.982, así como por el propio Fondo Vial que en ningún momento ha cuestionado o controvertido la realización de esas obras ejecutadas por encima del contrato inicial.-

Comprobado entonces que el derecho al pago del valor de las obras ejecutadas por encima de lo contratado, cuyo reconocimiento es la principal pretensión, no tiene origen en el reconocimiento que de aquel se hizo en la Ley 18 de 1.982, declarada inexecutable, ni en la resolución que hubo de ser posteriormente revocada, sino que fue debidamente comprobado tanto por la comisión evaluadora del Ministerio de Obras como por los peritos que rindieron su dictamen en la primera instancia, pues dichas obras a pesar de ser recibidas a satisfacción por el Fondo Vial Nacional no fueron pagadas a la contratista, necesariamente debe la Sala acoger la aludida pretensión por estar suficientemente probada la realidad fáctica que da lugar al pago y por no compartir el argumento, de carácter meramente legal, en que basó el ente demandado su desconocimiento.-

Precisa también la Sala, en cuanto a la afirmación consignada en la tercera petición de la demanda sobre la falta de liquidación por parte del Fondo Vial Nacional del contrato # 403 y sus adicionales, que a folios 42 y 43 del cuaderno principal obra el Acta de Liquidación No.53 de 20 de diciembre de 1.978, en la cual consta, precisamente, el valor de las obras efectuadas cuyo reconocimiento y pago es el objeto de la presente acción. Igualmente, aunque tanto en el Acta de Ajuste como en la demanda se determina un valor a reconocer a 31 de diciembre de 1.978 por \$ 9.539.733.34, como de los diversos elementos probatorios y fundamentalmente del dictamen pericial se establece un valor a pagar de \$9.445.184.32, éste será el factor a partir del cual se realizará el reconocimiento.-

Se atenderá, asimismo, a la pretensión que busca el reconocimiento del lucro cesante, porque sin lugar a dudas el retardo por parte del Fondo Vial Nacional de su obligación de pagar a la actora la suma adeudada por la obra ejecutada ha causado a ésta el perjuicio de no poder lucrarse con las ganancias que dicho dinero le hubiera podido reportar si lo hubiese percibido oportunamente. - Por definición del artículo 1617 del Código Civil, cuando la obligación es de pagar una suma de dinero, la mora en su cumplimiento da lugar al reconocimiento de intereses, que si no han sido previamente pactados, como ocurrió en el presente caso por no poderse prever la posible mora en el pago, permiten acudir al interés legal del 6% anual. Este reconocimiento se reiteró en el nuevo Estatuto Nacional de Contratación Administrativa - Ley 80 de 1.993 - cuando al establecer los derechos y deberes de las entidades estatales que celebren contratos, prescribe: "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".-

Para el caso en examen, obviamente, se aplicará el sistema existente al momento en que se incurrió en el incumplimiento, es decir, se reconocerá el interés legal del 6% anual a que hace mención la norma del Código Civil vigente en diciembre de 1.978.-

El Gobierno Nacional con fundamento en las atribuciones otorgadas por el Art.20 transitorio de la Constitución Política, expidió el Decreto 2171 de 30 de diciembre de 1.992 mediante el cual, entre otras modificaciones, reestructuró el Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías, establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte (Arts. 52 y siguientes).-

Por consiguiente, para el reconocimiento de la obligación a cargo del Instituto Nacional de Vías y a favor de la parte actora se procede, a actualizar el valor de la suma adeudada desde diciembre de 1.978, es decir, \$ 9.445.184.32, para lo cual se tomará como base el índice de precios al por mayor certificado por el Banco de la República, y no los índices de precios al consumidor que certifica el DANE porque en operaciones vinculadas con la construcción no son los adecuados. - Así lo precisó la Sección Tercera ( Exp. 4101, sentencia de marzo 12 de 1.987. Actor: Mora Mora y Cía., Ltda ) al expresar:

“Como se pidió en la demanda, la cantidad debida deberá actualizarse “ en valores constantes o con corrección monetaria ”.

A este respecto se observa que no podrá tenerse en cuenta el dictámen pericial ( a folios 65 y siguientes ) por cuanto la actualización se hizo hasta mayo de 1.984 y con índices de precios al consumidor, cuando debieron utilizarse los de precios al por mayor, dada la índole de la actividad cumplida por la empresa constructora.

“Aunque este vacío debería dar lugar a una condena en abstracto para su liquidación incidental posterior, la condena se hará en concreto, porque la aplicación de los aludidos índices permitirá la determinación de la suma final o valor presente sin dificultad alguna. Así ese valor será el resultado de la aplicación de la siguiente fórmula

Indice febrero de 1.987

$$= \frac{\text{-----}}{\text{Indice junio de 1.976}} \times 2.531.348$$

“Como es obvio la cuenta de cobro deberá presentarse con la certificación correspondiente del Banco de la República, entidad encargada de suministrar tales índices. En dicho certificado deberán figurar los aludidos extremos”.-

La condena se hará en concreto por razones similares a las expuestas en la transcripción. - El final será el del mes anterior al de expedición de este fallo.-

$$C \frac{\text{Indice final ( febrero de 1.998 )}}{\text{Indice inicial ( diciembre de 1.978 )}}$$

C = la suma o cantidad que se actualiza

$$C = \$ 9.445.184.32$$

$$\text{Suma Actualizada} = \$ 9.445.184.32 \frac{328.00}{6.94}$$

**Total Suma Actualizada = \$ 446.400.642**

Lucro Cesante. - Comprende el interés técnico o legal del 6% anual, calculado sobre el valor histórico del capital, es decir, la suma de \$ 9.445.184.32. - Se utiliza la fórmula:

$$I = \frac{C \times R \times T}{100}$$

En donde I corresponde al interés liquidado; C es el capital; R es la rata mensual y T es el tiempo o número de meses, que en el presente caso abarcó un total de 231 meses a febrero de 1.998. - Tenemos entonces:

$$I = \frac{9.445.184.32 \times 0.5 \times 231}{100}$$

**I = 10.909.188**

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

**F A L L A :**

**PROSPERA** el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Sociedad Colombiana de Construcciones “SOCOCO S.A.”, contra la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado de 25 de octubre de 1.991.

**En su lugar,**

Primero : INFÍRMASE la sentencia de 13 de octubre de 1.989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.-

Segundo : CONDENASE a la Nación, Ministerio de Obras Públicas y Transporte - Instituto Nacional de Vías -, a pagar a la Sociedad Colombiana de Construcciones “SOCOCO S.A.”, por concepto de obras ejecutadas por encima del contrato inicial, la cantidad de cuatrocientos cuarenta y seis millones cuatrocientos mil seiscientos cuarenta y dos pesos moneda legal (\$446.400.642.00).-

Tercero : CONDENASE a la Nación, Ministerio de Obras Públicas y Transporte - Instituto Nacional de Vías -, a pagar por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a la Sociedad Colombiana de Construcciones “SOCOCO S.A.”, la cantidad de diez millones novecientos nueve mil ciento ochenta y ocho pesos ( \$10.909.188.00), correspondiente a los intereses resultantes de la fórmula determinada en los considerandos del fallo.-

Cuarto : Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse copias autenticadas de las sentencias, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio Público, haciendo las previsiones pertinentes del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.-

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Sección de origen.-

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.-

**DOLLY PEDRAZA DE ARENAS**

**Presidente**

**MARIO ALARIO MÉNDEZ**

**ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ**

**NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA**

**GERMAN AYALA MANTILLA**

**JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO**

**MIREN DE LA LOMBANA DE M.**

**JAVIER DIAZ BUENO**

**SILVIO ESCUDERO CASTRO**

**CLARA FORERO DE CASTRO**

**DELIO GÓMEZ LEYVA**

**LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA  
CASTILLO**

**JOAQUÍN J. JARAVA DEL**

**CARLOS ARTUTO ORJUELA G.**

**JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA**

**LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ**

**MANUEL S. URUETA AYOLA**

**MARIELA VEGA DE HERRERA**

**MERCEDES TOVAR DE HERRÁN**

**Secretaria General**

**PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Improcedencia /  
CONFLICTO DE INTERESES - Pruebas Insuficientes / PROCESO PENAL -  
Variación en la Calificación Judicial de los Hechos.**

El oficio enviado por la Corte Suprema de Justicia sólo prueba que actualmente cursa contra el demandado un proceso por el presunto delito de peculado por apropiación, que se le recibió indagatoria y se profirió en su contra medida de aseguramiento. Nada más dice la certificación, ni nada más prueba. Allí no se dice que la indagatoria que se le recibió y la medida de aseguramiento que profirió en su contra lo fueron en cuanto presunto autor responsable del delito de peculado. A los hechos investigados bien pudo darse entonces una calificación distinta. Desde el inicio de la investigación y hasta la terminación del proceso, la calificación jurídica de los hechos por que se proceda puede variar muchas veces. La circunstancia acreditada de que actualmente se adelanta contra el Representante Alfonso Acosta un proceso por el presunto delito de peculado por apropiación, no se sigue que desde su inicio y cuando se discutía el proyecto de ley referido, lo fuera también por ese delito. No es verdad, pues, que estuviera probado que el

Señor Alfonso Acosta rindió indagatoria por el presunto delito de peculado por apropiación, ni que desde la iniciación del trámite del proyecto conocía que se lo procesaba por ese delito. La falta de esa comprobación impedía la conclusión a que llegó la sentencia y que determinó el decreto de la pérdida de investidura de congresista. Es muy grave que a las menguadas posibilidades de defensa que ofrece esta clase de procesos, se sume la de que pueda decretarse la pérdida de la investidura con base en pruebas insuficientes.

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Santa Fe de Bogotá, D. E., siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1.998).

Consejero Ponente Doctor JOAQUÍN JARAVA DEL CASTILLO

**Ref.:** Expediente S-262

Demandante SOCIEDAD COLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES  
S. A. (SOCOCO)  
Recurso de súplica

**SALVAMENTO DE VOTO**

Para liquidar el monto de la indemnización debida el valor inicial o histórico se ajustó, según se dijo en la sentencia, con base en el índice de precios al por mayor, no sobre el índice de precios al consumidor; se calculó el lucro cesante, en el concepto de perjuicios por la mora, sobre intereses a la tasa del 6% anual, en aplicación del artículo 1.617 del Código Civil, no a una tasa igual al doble de ese interés, en los términos del artículo 4º, numeral 8, de la ley 80 de 1.993; además, esos intereses se calcularon sobre el valor inicial o histórico, no sobre el valor ajustado.

He aquí las razones de mi discrepancia:

1. El índice de precios al consumidor es una media ponderada que refleja los cambios relativos a los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios que consume la mayoría de la población. Es el indicador estadístico de las variaciones del nivel general de precios empleado más frecuentemente y el principal instrumento de que se dispone para medir la inflación o aumento del nivel general de precios y la desvalorización de la moneda.

Así, cuando con arreglo a ese índice se ajusta la cantidad de moneda que ha de pagarse, se obtiene la cantidad suficiente para mantener intangible el valor de cambio de la suma original el día en que la obligación se hizo exigible.

Para usar el índice de precios al por mayor y no el índice de precios al consumidor se dijo en la sentencia que este último no resultaba adecuado en operaciones vinculadas a la construcción. No se dijo por qué, pero, de cualquier modo, el índice de precios al por mayor sólo se calculó hasta 1.990, pues desde 1.991 fue sustituido por un nuevo índice, el índice de precios al productor (DANE, *Colombia Estadística 1.991*, p. 211).

Se advierte, además, que mediante el artículo 1º del decreto 679 de 1.994, reglamentario de la ley 80 de 1.993, se dispuso que los ajustes de valor se hicieran con base en el índice de precios al consumidor.

2. En la sentencia el lucro cesante, en concepto de perjuicios por mora, se calculó sobre intereses a la tasa del 6% anual, en aplicación del artículo 1.617 del Código Civil, no a una tasa igual al doble, en los términos del artículo 4º, numeral 8, de la ley 80 de 1.993, porque aquél era “el sistema existente al momento en que se incurrió en el incumplimiento”, se dijo.

Pero esta última afirmación no es cierta, y es la verdad que la mora es infracción que se comete día a día, por cada día de retardo, y no sólo en la fecha a partir de la cual se constituyó en ella el deudor.

Ahora bien, según lo establecido en el artículo 38 de la ley 153 de 1.887 en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo aquéllas concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del contrato y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiera cometido.

Entonces, conforme al artículo 38 de la ley 153 de 1.887, había lugar, en aplicación del artículo 1.617 del Código Civil, a liquidar intereses a la tasa de 6% desde la fecha en que se constituyó en mora el deudor y hasta la entrada en vigencia de la ley 80 de 1.993, es decir, hasta el 1 de enero de 1.994, por la mora de ese período; y a partir de entonces y hasta la fecha, a la tasa del doble, como manda el artículo 4º, numeral 8, de la ley 80 de 1.993.

3. Finalmente, los intereses se calcularon sobre el valor inicial o histórico, no sobre el valor ajustado.

Haciéndolo así no se indemniza debidamente, porque la tasa sería decreciente si, sobre un valor que se ajusta mes a mes, se pagara una misma cantidad de dinero.

Un ejemplo ilustra mejor este aserto: si por un capital de \$10.000, que se corrige mes a mes con base en el índice de precios al consumidor, se pagan en diciembre de 1.988 intereses a la tasa del 0,5% mensual, esto es, \$50,00, y por cada uno de los meses siguientes se paga esa misma suma, la tasa real será decreciente.

Así se ve en el cuadro que sigue:

<b>Base:</b>	Diciembre 1.988 = 100 Intereses = 0,5% = \$50,00	Capital = \$10.000
	<hr/> <b>Variación</b> %	

<b>Meses 1.989</b>	<b>Índice</b>	<b>Mensual</b>	<b>Acumula da</b>	<b>Capital \$</b>	<b>Interese s %</b>	<b>Intereses \$</b>
Enero	102,8 3	2,83	2,83	10.283	0,486	50,00
Febrero	106,2 5	3,32	6,25	10.625	0,470	50,00
Marzo	108,8 9	2,48	8,89	10.889	0,459	50,00
Abril	111,6 4	2,53	11,64	11.164	0,448	50,00
Mayo	113,6 0	1,75	13,60	11.360	0,440	50,00
Junio	115,1 6	1,37	15,16	11.516	0,434	50,00

(Fuente: DANE, *Colombia Estadística 1.989*, p. 194).

Esto es, que los intereses debieron haber sido calculados sobre el valor ajustado, no sobre el valor histórico.

Y fue así como se dispuso en el artículo 4º, numeral 8, de la ley 80 de 1.983 que la tasa de interés de mora debía aplicarse sobre el valor histórico actualizado.

**MARIO ALARIO MÉNDEZ**