



Concepto Sala de Consulta C.E. 1711 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

CONSEJERO PONENTE: Dr. GUSTAVO APONTE SANTOS

Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil seis (2006)

Referencia: Radicación número 1.711

Contratos de Concesión Vial. Obligación por conceptos de garantía de tráfico. Tasa de interés de mora aplicable. Imputación del pago.

El señor Ministro de Transporte solicitó a la Sala concepto en relación con la cuantificación de las obligaciones pecuniarias que el Estado por intermedio del Instituto Nacional de Concesiones INCO adeuda a los particulares contratistas en virtud de la celebración de contratos de concesión vial. Al respecto, formuló los siguientes interrogantes:

"1.¿Para la imputación de los pagos por deudas correspondientes a garantía de tráfico se debe considerar como una sola suma global lo adecuado, o serán tratadas como deudas independientes o separadas las sumas correspondientes a cada anualidad?

2. En caso de que se concluya la existencia de tantas deudas como anualidades en las que ha causado a favor de los concesionarios la obligación de por garantías de tráfico, ¿la imputación de los pagos se debe realizar primero a intereses de mora, luego remuneratorios y finalmente al capital, año a año; o deben agotarse los pagos de la totalidad de intereses moratorios correspondientes a las obligaciones de todos los años y luego proceder de igual forma con los intereses remuneratorios y el capital?.

3. La tasa de interés de mora aplicable al pago de sumas correspondientes a deudas por garantías de tráfico ¿se deberán aplicar las normas comerciales o las previstas en el estatuto contractual de la Administración Pública?.

El señor Ministro para ilustrar la situación en la que se encuentran las obligaciones pendientes de pago a cargo del Estado -Inco-, derivadas de contratos de concesión, señala:

"En los contratos de concesión denominados de primera generación se ha establecido un pago de compensaciones o garantías con dineros del presupuesto general de la Nación en el caso de que los ingresos derivados de la transferencia de peajes a los concesionarios sean inferiores a los ingresos para el corte anual por efecto del tráfico garantizado. Dicha suma se determina producto del acta de aforo de tráfico que se realiza en cada anualidad.

En los mismos contratos se establecen que las obligaciones de pago de las sumas debidas por concepto de las garantías de tráfico son tratadas en forma global para el establecimiento del déficit o superávit y se determinarán con base en los ingresos acumulados durante el tiempo ya transcurrido de la concesión.

Sobre la imputación de los pagos a intereses de mora, remuneratorios y capitales, existen dos posibles interpretaciones:

1.Los pagos deben realizarse diferenciando las sumas correspondientes a cada año, esto es, agotando el monto de la cuantía correspondiente a intereses de mora, corrientes y capital, en su orden, da cada anualidad en que se generan garantías.

2. Los pagos deben agotar la totalidad de las cuantías debidas a los concesionarios por concepto de intereses moratorios correspondientes a todas las anualidades, para luego proceder de la misma forma con las sumas debidas por intereses remuneratorios y, finalmente, imputar los pagos correspondientes a todos los años".

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Las obligaciones contenidas en los contratos estatales deben cumplirse en los términos y condiciones en ellos pactados principio pacta sunt servanda¹. En consecuencia, el concepto que emite la Sala en esta oportunidad tiene un alcance general de orientación que no reemplaza la voluntad de las partes contenida en cada uno de los contratos de concesión celebradas por el Estado y los documentos que los integran pliego de condiciones y oferta.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL NUMERAL 8° DEL ARTÍCULO 4° DE LA LEY 80 DE 1993.

En cuanto a la causación de intereses sobre obligaciones dinerarias surgidas para la administración en virtud de la celebración de contratos estatales, la ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

"Artículo. 4° De los derechos de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precio, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

"Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado"(negrilla fuera del texto original)².

En desarrollo del anterior precepto, el derecho reglamentario No. 679 de 1994, previó:

"Artículo. 1° De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4°, numeral 8° 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 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trata de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos".

Antes de abordar los problemas jurídicos planteados en la consulta sobre la tasa de interés de mora aplicable a los contratos estatales, entre los cuales se encuentra, el contrato de concesión definido como tal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es conveniente citar algunos apartes de la exposición de motivos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con el fin de establecer cual fue la finalidad de la disposición contenida en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993.

"En relación con el reconocimiento de 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 de que 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 moratorio será del doble del interés legal civil (12%), aplicada sobre el valor histórico actualizado, fórmula que se considera equivalente 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 al valor presente y, de otra, impone a la entidad el pago de un porcentaje adicional 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 que 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 equivalente 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 un carácter sancionatorio propio a 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 y actualización de precios, ya que por el contrario su aplicación se ha concebido sobre la base de que dichos mecanismos tiene plena operancia, lo cual confirma el sentido equivalente de la fórmula adoptada, pues como se sostuvo en un reciente e importante laudo arbitral: "Este reconocimiento por concepto de costo de oportunidad, no podrá ser superior al valor del interés legal establecido en el Código Civil, porque habiéndose efectuado la actualización monetaria, reconocer cualquier otra forma de intereses, sean ellos bancarios o corrientes sería actualizar debidamente el valor del dinero, pues, tales tasas de interés involucran tanto el concepto de actualización como el de rendimiento puro. (Tribunal de Arbitramento. Consocio Impegilo SPA, Estruco. S.A. y Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Laudo Arbitral, sep 2 de 1992).

La exposición de motivos de la ley en torno al tema de la tasa de interés moratorio aplicable en los contratos estatales así como la ubicación del numeral 8° del artículo 4° de la ley 80 de 1993, permite a la Sala llamar la atención sobre tres aspectos, a saber:

a. El estatuto general de contratación de la administración pública, en materia de intereses moratorio, sigue la regla general prevista en el artículo 1617 del Código Civil, al concebir esta institución como un instrumento de carácter indemnizatorio en aras de conservar el equilibrio económico del contrato estatal cuando la administración incumpla su obligación de pagar oportunamente las obligaciones dinerarias asumidas en el mismo.³

b. La tasa de interés de mora prevista en el estatuto es de carácter especial y supletivo, que opera a falta de convención entre las partes de un contrato estatal.

disposiciones generales de dicha Ley y, como tal, es aplicable a todos los contratos que celebren las entidades estatales

Aspecto éstos que la Sala tendrá en cuenta al analizar el problema jurídico de la tasa de interés de mora aplicable en los eventos de incumplimiento en el pago de las obligaciones pecuniarias del Estado en los contratos de concesión vial.

2. LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE TASA DE INTERES MORATORIO

La jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, ha sido uniforme al señalar que las partes de un contrato estatal están en libertad de pactar contractualmente la tasa de interés moratorio, siempre que se ajuste a las previsiones legales, es decir, sin incurrir en el interés de usura y, que solamente ante la ausencia de convención, la tasa aplicable será la prevista en el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, reglamentado por el artículo 1° del decreto reglamentario 679 de 1994.⁴

Como quiera que uno de los problemas centrales de la consulta versa sobre la viabilidad de aplicar la tasa de interés moratorio previsto en el Código de Comercio artículo 884 para los negocios mercantiles en caso de inexistencia de estipulación contractual, teniendo en cuenta la calidad de comerciante que ostentan los concesionarios viales a continuación la Sala destaca los argumentos jurídicos que sustentan la posición contraria asumida por el Consejo de Estado sobre éste particular, que comparte la Sala plenamente.

*El numeral 8 del artículo 4° de la Ley 80 de 1993 es una disposición de carácter supletivo que opera en ausencia de pacto o convención. Por ende resulta improcedente aplicar en los contratos estatales suscritos a partir de la expedición de esta ley las disposiciones contenidas en el Código de Comercio.

Al respecto ha señalado la Sección Tercera de esta Corporación:

"es perfectamente posible que las partes de un contrato pacten un interés moratorio superior o inferior al 12% anual, como nada impide que pacten una tasa igual o inferior al interés bancario corriente y como interés de mora el doble de éste, mientras se ajusten a las previsiones comerciales y penales, esto es, sin incurrir en el interés de usura (art. 111 Ley 510 de 1999). Pero ante la ausencia de este pacto, no será el art. 884 del C. de Co el aplicable sino el art. 4° ord. 8° de la Ley 80 de 1993, es decir, el 12% anual sobre el valor histórico actualizado."⁵⁻⁶

*El numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1° del decreto reglamentario 679 de 1994 son normas de carácter especial y acordes con fines de la contratación estatal que deben aplicarse preferentemente a las normas civiles y comerciales ante el silencio de los contratantes. Dijo esta Corporación:

"(...). De acuerdo con el origen de la obligación, sea esta civil o comercial, la indemnización de perjuicios por la vía del reconocimiento de los respectivos intereses moratorios tiene su fuente en los artículos 1617 del Código Civil y 884 del Código de Comercio, respectivamente. Y agrega la Sala, en el art. 4, ordinal 8° de la Ley 80 de 1993 para las que tienen como fuente un contrato estatal, norma que resulta aplicable cuando las partes guardan silencio sobre este aspecto.(...)

"Desde la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en la contratación estatal la tasa del interés de mora aplicable, a falta de estipulación por las partes de una tasa de interés diferente, es la que establece el ord. 8° del art. 4 el doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, liquidado de acuerdo con las pautas señaladas por el art. 1° del Decreto 679 de 1994. Sistema que la Ley adecuó a la institución de la responsabilidad contractual para ofrecerle al contratista una indemnización por el daño sufrido y restablecer la equivalencia económica del contrato, dejando de lado la aplicación de las tasas comerciales establecidas por el art. 884 del Código de Comercio. Este modo de liquidación de los intereses que estableció la ley de contratación estatal sigue un lineamiento similar al de las obligaciones mercantiles, el cual se desprende de la actualización del capital que la norma incluye y del pensamiento del legislador de 1993 frente a la estipulación de dichos intereses. De ahí que si la administración incumple con la obligación principal del contrato pagar oportunamente el valor convenido debe reconocerse los perjuicios moratorios que causó con su incumplimiento, esto es, los intereses moratorios, a la tasa que pactaron las partes o a falta de pacto, la que la ley suple, los cuales se presumen."⁷

*La tasa de interés aplicable a los contratos estatales es la definida en el estatuto contractual con independencia de la actividad ejercida por las partes sea o no comercial.⁸

*La Ley 80 de 1993 reguló íntegramente la institución de la mora. Es improcedente aplicar las disposiciones del Código de Comercio, en particular el artículo 886 sobre reconocimiento de intereses sobre intereses.

"Es preciso reiterar que si las partes lo consideran conveniente pueden acordar el pago de intereses moratorios de acuerdo a la legislación comercial⁹, pero de no hacerlo, la única posibilidad es aplicar lo establecido en la norma mencionada. Con la entrada en vigencia de la Ley 80 se reguló de manera integra la materia por lo que, ante la falta de estipulación de las partes, no es posible remitirse a la legislación comercial para aplicar la figura consagrada en el art. 886 del Código de Comercio". "Para el 18 de octubre de 1995, fecha de presentación de la demanda, ya regía la ley 80 de 1993, la cual marcó un hito importante en la materia, toda vez que reguló moratorios en la contratación estatal en caso de no haberse pactado por las partes. La discusión planteada por la demandante en tanto pretende que se le aplique la legislación mercantil por ejercer una actividad comercial quedó ya superada, toda vez que pese a que los contratos estatales se rigen por las reglas del derecho privado (arts. 13 y 32 ley 80 de 1993), ello habrá de entenderse para el evento en que la normatividad contractual no haya contemplado norma especial y particular"¹⁰.

Con base en el recuento jurisprudencial anterior, la Sala concluye que la norma general aplicable a los contratos estatales, entendido por éstos los que se celebran por las entidades estatales, es la contenida en el numeral 8° del artículo 4° de la ley 80 de 1993 y en las disposiciones que

desarrollan ¿ artículo 1º del decreto 679 de 1994, la cual opera ante el silencio de los contratantes sobre la tasa de interés moratorio aplicable en cada contrato.

Siguiendo la regla de interpretación, según la cual donde el legislador no distingue no le es dable distinguir al interprete, en concepto de la Sala, las disposiciones en comento se aplican en los casos de incumplimiento de las obligaciones pecuniarias derivadas de cualquier contrato estatal que se encuadren dentro de los presupuestos normativos de la ley 80 de 1993.

2.1 Tasa de interés de mora aplicable en los contratos de concesión a falta de convención.

Siendo el contrato de concesión estatal artículo 32 de la ley 80 de 1993, en concepto de la Sala, a éste le son aplicables las disposiciones generales del estatuto de contratación, en particular, las contenidas en los artículos 4º y 5º del mismo que establecen los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas, entre los que se cuenta el derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y al reconocimiento de intereses de mora en caso de incumplimiento de las obligaciones pecuniarias asumidas por la administración.

De lo anterior, resulta claro que a falta de estipulación contractual que regule la tasa de interés de mora aplicable en el evento de un incumplimiento en el pago de las compensaciones derivadas de la garantía de ingreso mínimo que se pactaron en algunos contratos de concesión, debe seguirse la regla general prevista en el numeral 8º del artículo 4º de la ley 80 de 1993 y en el decreto reglamentario 679 de 1994 que regulan en forma supletiva la materia y que no distinguen para efectos de su aplicación entre los diferentes tipos de contrato estatales.

Por lo tanto, si en alguno o algunos contratos de concesión de primera generación se contemplan cláusulas como la transcrita por el señor Ministro de Transporte, a cuyo tenor se lee: "Para las compensaciones con recursos del Presupuesto General de la Nación se reconocerá como tasa de interés durante el tiempo que se demore el pago la tasa bancaria de colocación para créditos a doce meses, para el período de doce meses contados a partir de la fecha en que se estableció el déficit. Si transcurrió ese término no se ha cancelado el Instituto incurrirá e mora de su obligación y deberá cancelar los intereses que por este concepto autoriza la ley"., ella debe interpretarse a la luz del Estatuto General de Contratación ley 80 de 1993, y concluirse que la tasa de interés de mora que consagra la ley no es otra que la equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de la obligación.

Cabe señalar que los argumentos relacionados con la calidad de comerciante que puedan tener los concesionarios viales dirigidos a la aplicación de las normas comerciales que regulan el tema de la mora, no resultan jurídicamente de recibo, en tanto, éste fue uno de los aspectos que se revaluaron a partir de la expedición de la ley 80 de 1993, estatuto que como ya se dijo puso término a la discusión sobre la aplicación del régimen de intereses moratorios contemplados en el Código de Comercio que se suscitó en vigencia del decreto 222 de 1983.

En consonancia con esta posición en el laudo arbitral dictado con ocasión de las controversias surgidas dentro del contrato de concesión suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y Coviandes el 7 de mayo de 2001, se reconoció a título de interés moratorio la tasa prevista en el estatuto contractual. En el mismo sentido en el laudo proferido con ocasión de las diferencias surgidas en el contrato de concesión Santa Marta Paraguachón, se lee:

"Sexta: Valor correspondiente al TPD garantizando por el periodo comprendido entre el 27 de mayo y el 6 de junio de 1996". En relación con este pedimento, el tribunal como ya lo expresó, accederá al reconocimiento y pago del tráfico promedio mínimo garantizado entre el 27 de mayo de 1996 y el 6 de junio del mismo año, y abre su valor actualizado aplicará el interés moratorio ordenado por la Ley 80 de 1993, artículo 4º, numeral 8º, por tratarse de un incumplimiento de la obligación del Inviás".

No obstante, la Sala llama la atención sobre algunas dudas que se han planteado en un sector de la doctrina en torno la posible derogatoria tácita del numeral 8º del artículo en comento frente a la ley 598 de 2000¹¹, por la cual se creó el sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal SICE, el catálogo único de bienes y servicios y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la administración pública", que entró a regir a partir del 18 de julio del mismo año, conforme a la cual:

"Artículo 6º La publicación de los contratos estatales ordenados por la ley, deberá contener los precios unitarios y los códigos de bienes y servicios, adquiridos de conformidad con el catálogo de bienes y servicios, CUBS.

Parágrafo. Para evitar la disposición de precios por el incumplimiento en los pagos, las entidades del Estado, reconocerán un interés equivalente al DTF (transcurridos 90 días de la fecha establecidas para los pagos)".¹²

La finalidad del parágrafo, como lo destaca la Corte Constitucional en la sentencia C-892 de 2002¹³ fue evitar que los contratistas incorporaran en el precio de bienes y servicios de uso común que forman parte del sistema, el costo de la demora en el pago de cuentas de la Administración Pública, atribuible en la mayoría de los casos a su régimen contable, presupuestal y de disponibilidad de recursos. La tasa de interés de mora equivalente al DTF aplicable a los contratos estatales cuyo objeto sea la compra de bienes y servicios de uso común, se concibió, entonces, para brindarle a la administración y a los contratistas un elemento de certeza en un escenario de incumplimiento o el retraso la obligación de pago.¹⁴

La Sala teniendo en cuenta la naturaleza financiera del contrato de concesión, cuyo valor, a diferencia del contrato de obra pública a precios unitarios, está determinado en razón a la inversión que realiza el concesionario y el costo de los recursos que se requieran para la ejecución y operación del proyecto, considera que la obligación de reconocer intereses de mora a la tasa del DTF consagradas en el parágrafo del artículo 6º transcrito, no resulta aplicable, máxime si se tiene en cuenta, que precisamente uno de los temas principales de la estructuración del modelo financiero gira en torno a la tasa de interés y al costo de oportunidad de los recursos que ingresan al proyecto.

3. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE IMPUTACIÓN DEL PAGO

En relación con este punto, es procedente transcribir algunos apartes de las providencias proferidas por la Sección Tercera de esta Corporación, en las cuales se ha sostenido que jurídicamente es viable aplicar el artículo 1653 del Código Civil, que en materia de imputación del pago para extinguir las obligaciones, contempla:

"Artículo 1653- Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primariamente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se imputa al capital".

En efecto en el auto del 29 de junio de 2000, proferido dentro del expediente 15481, se señaló sobre éste punto, lo siguiente:

"Es aplicable el artículo 1653 del Código Civil para compensar varias deudas de la administración, contenidas en 32 órdenes de pago, las cuales a pesar de tener su origen en una misma fuente obligacional, cual es el contrato de prestación del servicio público de recolección de basuras, constituyen acreencias distintas, pues corresponden a la contraprestación por la realización de un servicio, que si bien es de ejecución continua, se delimita por circunstancias de tiempo y valor diversas. En consecuencia, como no se mencionó el pago de intereses, esto se presumen pagados".¹⁵

Igualmente en sentencia proferida el 11 de octubre de 2001 dentro del expediente 12391, se reafirmó el contenido del artículo 1653 del Código Civil, en los siguientes términos:

"De otro lado, al establecer cuál es la suma que debe actualizarse, se tomarán en consideración los pagos hechos por la entidad demandada, para determinar el monto del capital insoluto, debiendo hacerse la imputación del pago efectuado primero a los intereses debidos y luego a capital, acorde con lo dispuesto por el artículo 1653 del Código Civil".¹⁶

Reiterando lo anterior, en providencia del 26 de abril de 2002, expediente No. 12721 se manifestó:

"Al examinar las cláusulas del contrato, en primer lugar se advierte, que las partes no pactaron qué intereses se generarían en caso de incumplimiento en los pagos a que se obligó la demanda, ante lo cual resultan aplicables los supuestos de que tratan los artículos 4 del ordinal 8 de la Ley 80 de 1993 y 1 del decreto 679 de 1994, en razón a que para la época de la suscripción del contrato no existía norma que regulará específicamente la materia que originó esta controversia. De otro lado, al establecer cual es la suma que debe actualizarse, se tomarán en consideración los pagos hechos por la Entidad demandada, para determinar el monto del capital insoluto, debiendo hacerse la imputación del pago efectuado primero a los intereses debidos y luego a capital, acorde con lo dispuesto por el artículo 1653 del Código Civil" (negrilla fuera del texto original)¹⁷

Y recientemente, en sentencia proferida en el año 2005, por la misma Sección Tercera, expediente 26948, al revisar la forma como se determinó el valor del capital insoluto de una obligación, reafirmó su posición, así:

"Del acta suscrita por las partes, el seis de noviembre de 2001, se deduce que fueron pagados todos los intereses debidos hasta esa fecha y que quedó pendiente de pago un saldo de capital por la suma de \$124.044.856.35, suma sobre la cual no existe discusión. Sin embargo, el Tribunal se limitó, en la sentencia impugnada, a restar la suma pagada por consignación como aporte a capital, sin entrar a considerar los intereses moratorios, que de acuerdo con el mandato de pago, debían cobrarse a partir del 20 de noviembre de 2000, a la tasa prevista en el numeral 8º del artículo 4º de la ley 80 de 1993 (folios 74 a 76).

"En el presente caso, el tribunal se equivocó al aplicar únicamente a capital la suma abonada en el pago por consignación, sin tomar en cuenta los intereses moratorios reconocidos, dado que el artículo 1653 del Código Civil dispone que el pago debe imputarse primero a intereses y luego a capital". (negrilla fuera del texto original)

Pese a que las consideraciones expuestas en relación con la regla aplicable para realizar debidamente la imputación del pago que realice la administración por concepto de sus obligaciones pecuniarias, resulta suficientes para afirmar que ante la falta de previsión en estatuto contractual de una regla especial que permita deducir sin lugar a dudas cómo debe procederse para la imputación del pago intereses o capital, es aplicable la regla prevista en el Código Civil, la Sala considera adicionalmente que ante la existencia de un vacío legal en materia de imputación, se debe aplicar la regla prevista en el artículo 13 de la ley 80 de 1993, según la cual: "los contratos que celebren las entidades estatales a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley", lo cual conduce a consolidar la tesis sobre la procedencia de la aplicación de la regla consagrada en el artículo 1653 del Código Civil, a falta de estipulación en contrario o del silencio que se haya guardado en el contrato respectivo.¹⁸

4. EL CASO CONCRETO

Metodológicamente la Sala avocará el caso en particular en el siguiente orden: tratamiento de obligaciones pecuniarias derivadas de la garantía mínima pactada en algunos contratos de concesión de primera generación, imputación del pago para extinguir las obligaciones.

4.1 Obligaciones pecuniarias derivadas de la garantía de ingreso en contratos de primera generación.

Resulta ilustrativo para fines de este estudio, citar algunos apartes del fallo proferido en el tribunal de Arbitramento convocado para resolver las diferencias que surgieron con ocasión del contrato de concesión de primera generación No. 445 celebrado entre el Instituto Nacional de Vía y la

concesionario a Santa Marta Paraguachón S.A. el 2 de agosto de 1994.¹⁹, en el cual se explica la problemática general de los proyectos de concesión de primera generación:

"Cómo era la matriz de riesgo de esos contratos de primera generación?. El riesgo constructivo, con un diseño fase 2, era parcialmente compartido con el INVIAS. Había un alcance y un monto contractivo básico. Si bien había unas proyecciones iniciales, también se daban unos tráficos mínimos garantizados. Eso implicaba un número definido de vehículos, unas tarifas pactadas y una línea desde la cual el INVIAS comenzaba a garantizar. Sobre unos tráficos más allá de lo que estaba garantizado, había un máximo aportante, que eran recursos que volvían al INVIAS.

"En el caso de tráfico se realizaban un aforo al año y se generaba una obligación: en el caso de sobrecostos se presentaban los reportes al Invias, quien reconocía o no, e igualmente una obligación".

Así las cosas, en los contratos denominados como de primera generación, la garantía de tráfico:

*Se concibió como un mecanismo de compensación del equilibrio del contrato cuando se presentara un déficit entre el tráfico real y el tráfico garantizado en cada uno de los contratos.

*Normalmente, el monto de la compensación de la garantía del tráfico dependía de la sumatoria del tráfico garantizado para cada categoría, equivalente al 100% del tráfico vehicular que se acordara conforme al estudio de tráfico del diseño definitivo del proyecto, multiplicado por el valor de la tarifa correspondiente durante periodos de un año, para todas las estaciones que se encontraran en operación.

*El sistema de aforo en este tipo de contratos es la base para determinar anualmente el déficit o superávit de tránsito y para definir el monto de la compensación a cargo del Estado, el cual se pactó, en principio y por lo general, con cortes anuales.

*La obligación de compensación resultante del aforo que asumía el Estado con recursos del presupuesto general de la Nación se causaba entonces anualmente, aunque la exigibilidad de la misma, se pactó en la mayoría de los contratos 12 meses después, por razones de índole presupuestal.

En concordancia con lo anterior, la cláusula que el señor Ministro transcribe a título de ejemplo, sobre la forma de causación de las obligaciones pecuniarias derivadas de la garantía mínima pactada, señala:

"Para las compensaciones con recursos del Presupuesto General de la Nación se reconocerá como tasa de interés durante el tiempo que se demore el pago la tasa bancaria de colocación para créditos a doce meses, para el periodo de doce meses contados a partir de la fecha en que se estableció el déficit. Si transcurrido ese término no se ha cancelado el Instituto incurrirá en mora de su obligación y deberá cancelar los intereses que por este concepto autoriza la Ley". (negrilla fuera del texto original)

Del análisis de la cláusula tipo se deduce claramente que:

- a). La garantía mínima de tráfico que se consagra en algunos contratos de concesión es un derecho que tenía el concesionario cuando presente un déficit en la operación de los peajes previstos para el retorno de la inversión.
- b). Este derecho se hace exigible a partir de la certificación del déficit anual durante la etapa de operación, a través del pago de una o varias "compensaciones" el plural es de la cláusula. Por lo tanto, habrán tantas obligaciones de compensar como déficits se presenta durante esa etapa.
- c). La causación y exigibilidad de las compensaciones económicas derivadas de la garantía otorgada a los concesionarios, depende de la fecha en la cual se establece el déficit anual, sistema que no puede alterarse, en la medida en que la cláusula contractual así lo establece.

Si bien es cierto, la obligación asumida por el Estado de garantizar un ingreso mínimo por recaudo de peaje en algunos contratos de concesión de primera generación es una y tiene la misma fuente el contrato, también lo es que su pago se estableció en instalamentos y no en un pago al finalizar la operación.

Por ende, en evento como el mencionado por el señor Ministro, considera la Sala que la cuantificación de la obligación de garantizar un ingreso mínimo que asumió el Estado, debe efectuarse teniendo en cuenta el esquema de compensaciones anuales que el Estado acordó para alcanzar el equilibrio económico de los contratos de concesión. En esta medida, las obligaciones dinerarias que se derivan anualmente deben tratarse de manera independiente, como independiente es su causación y exigibilidad durante la ejecución del contrato respectivo.

Por lo anterior, la respuesta sobre si las deudas correspondientes a la garantía de tráfico pactada en algunos de los contratos de primera generación se deben considerar como una suma global o tratadas como deudas independientes o separadas correspondientes a cada anualidad, a fuerza de parecer reiterativos, sin perjuicio de lo que se hubiese pactado en cada contrato de concesión y de la obligación que tiene la administración de precisar en cada uno de éstos el alcance de las obligaciones pactadas, la Sala considera que los pagos deben realizarse diferenciando las sumas correspondientes a cada año.

Cabe señalar que la aplicación de la tesis contraria, es decir considerar globalmente las obligaciones derivadas de la garantía de tráfico, no sólo irían en contravía de lo pactado en la cláusula tipo analizada, pues alteraría la cronología de la causación de las obligaciones, sino que limitaría la posibilidad del deudor de efectuar pagos o abonos al capital de las mismas en el orden en que éstas causaron, máxime si tenemos en cuenta que precisamente el problema de la imputación del pago se presenta porque la administración no cuenta con los recursos suficientes para atender dichas obligaciones.

4.2 Imputación del pago de las obligaciones derivadas de las compensaciones por garantías de ingreso mínimo utilizando recursos del presupuesto general de la Nación.

En relación con la forma en que la administración debe hacer la imputación del pago cuando en una obligación se daban intereses y capital la Sala que a falta de cláusula contractual que regula el tema y de norma especial que lo regule en el estatuto general de contratación estatal, jurídicamente es procedente, como lo ha indicado la Sección Tercera de esta Corporación, que en aplicación del artículo 1653 del Código Civil se impute el pago primero a intereses y luego a capital²⁰. Esta pauta legal en tanto, "mira al equilibrio de las partes"²¹, impide que el deudor pueda unilateralmente invertir el orden y abonar a capital.

De otra parte, en cuanto al orden de imputación a seguir se deban intereses moratorios y remuneratorios, caso planteado en la cláusula del presente concepto en la que se pactó: "como tasa de interés durante el tiempo que se demore el pago la tasa bancaria de colocación para créditos a doce meses, para el período de doce meses contados a partir de la fecha en que se estableció el déficit"²² y se estipuló que la tasa de mora aplicable sería la legal, entendiendo por ésta la prevista en el estatuto de contratación, la Sala considera importante tener en cuenta la finalidad de cada uno de los intereses, así:

a. Los intereses remuneratorios o de plazo son aquellos que devenga un crédito o el dinero mientras el deudor no está en la obligación de restituirlo.

b. El interés de mora es un lucro cesante de la obligación dineraria incumplida que representa una indemnización para el acreedor de la misma, y es para el deudor una sanción.

En estos términos, considera la Sala que para la imputación del pago de las obligaciones derivadas de las compensaciones anuales en los contratos de concesión en los cuales se pactaron intereses remuneratorios y moratorios, la administración deberá pagar primero por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios causados, en segundo lugar, al pago de los intereses remuneratorios y por último al pago del capital.

Adicionalmente, siguiendo la regla prevista en el artículo 1654 del Código Civil, según la cual, "si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la deuda devengada a la que lo está", la Sala considera que la administración tiene la potestad de escoger entre las obligaciones que se encuentren causados y exigibles a cuál de ellas imputar el pago, con independencia del orden cronológico de causación, siempre que se respete la pauta legal prevista en el artículo 1653 del mismo estatuto y resulte más favorable en defensa del patrimonio público.

LA SALA RESPONDE

1. Los pagos de la compensación derivadas de la garantía mínima de tráfico previstas en algunos contratos de concesión de primera generación se deben considerar como instalamentos independientes correspondientes a cada anualidad. En consecuencia, habrá tantas deudas como anualidades en las que se ha causado a favor de los concesionarios la obligación de pago por garantías de tráfico.

2. La imputación de los pagos se debe realizar primero a intereses moratorios, luego a los remuneratorios y finalmente al capital, obligación, por obligación. Es decir, que para el pago no deben totalizarse ni el capital ni los intereses diferentes deudas.

3. A falta de estipulación contractual, la tasa de interés de mora aplicable al pago de suma correspondientes a deudas asumidas por el Estado por concepto de garantías de tráfico será la previstas en el numeral 8° del artículo 4° de ley 80 de 1993, reglamentando por el artículo 1° del decreto 679 de 1994.

Transcríbase este Concepto al señor Ministro de Transporte. Igualmente, envíese una copia al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO
Presidente de la Sala
LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

GUSTAVO E. APONTE SANTOS
FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE
LIDA YANNETTE MANRIQUE
Secretaria de la Sala

15 DE FEBRERO DE 2006 AUTORIZADA LA PUBLICACION CON OFICIO No. MT 6752 DEL 16/02/2006

NOTAS PIE DE PÁGINA

1Laudo Arbitral. 30 de septiembre de 1996. Empresa de Energía de Bogotá y Cables de Energía y Telecomunicaciones. "Nadie puede negar que así como el contrato privado legalmente celebrado es ley para las partes (C.C., art. 1602), así lo es el administrativo".

2Corte Constitucional. C-965 de 2003". El reconocimiento de este tipo de intereses por cuenta de las entidades tiene un claro fundamento constitucional en los principios superiores de equidad, igualdad, justicia material, buena fe y garantía del patrimonio de los particulares frente al Estado. A Juicio de esta Corporación, en las relaciones de orden pecuniario que se presenten entre el Estado y los particulares, por virtud de los principios citados, los dos deben recibir un mismo trato jurídico, de manera que si el Estado cobra a los particulares intereses corrientes y moratorios por el cumplimiento de sus obligaciones, de igual manera debe asumirse la carga cuando incumple, en el campo de la

responsabilidad contractual, aclaró la Corte, la obligación de pagar intereses de mora es a su vez consecuencia del carácter sinalagmático de los contratos".

3Código Civil. "Artículo 1617. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1). Se seguirán 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 fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos; El interés legal se fija en seis por ciento anual; 2). El acreedor no tiene la necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo; 3). Los intereses atrasados no producen interés. 4). La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".

4Consejo de Estado Sección Tercera, Expediente 16956. Auto 8 de noviembre de 1999; Expediente 17456. Auto del 24 de mayo de 2000; Expediente 26 de abril de 2002; Expediente 13349. Sentencia 4 de abril de 2002. Expediente 23989. Auto del 7 de octubre de 2004; Expediente 25759. Sentencia del 20 de mayo de 2004.

5Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 13635. Sentencia del 17 de mayo de 2001. Evolución jurisprudencial sobre el reconocimiento de intereses moratorios en la contratación estatal.

6Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 17339. Providencia del 31 de agosto de 2000.

7Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 14112. Providencia del 21 de febrero de 2002.

8Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 13238. Providencia del 14 de febrero de 2002.

9En efecto, la jurisprudencia ha afirmado que "El reconocimiento de intereses moratorios en las obligaciones mercantiles, de acuerdo con los arts. 65 de la ley 45 de 1990 y 884 del C. de Co, los cuales son perfectamente posibles de aplicar en las obligaciones derivadas de un contrato estatal si así lo conviene las partes, corresponden a la liquidación integral de los perjuicios causados al acreedor". Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 21 de febrero de 2002, exp. No.14112.

10Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2001. Expediente 13635.

11Dávila Vinuesa, Luís Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Segunda Edición. Editora Legis. 2001. "Con la promulgación de la ley 598 de 2000, se ha propiciado una duda acerca de si el parágrafo del artículo 6 modificó la disposición del estatuto referida".

12La expresión "transcurrido 90 días de la fecha establecida para los pagos" fue declarada inexecutable, por la Corte Constitucional en Sentencia C-892 de 2001.

13Gaceta del Congreso No. 111 de 2000.

14Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001. "Ciertamente, haciendo eco de los criterios Superiores que informan el instituto resarcitorio, debidamente explicado en el acápite de las consideraciones generales, resulta evidente que cuando una entidad pública se abstiene de pagar el precio del contrato dentro del término pactado, se configura la mora y, de contera, surge para ella la obligación de pagar, a título de responsabilidad contractual, los intereses correspondientes. Esa responsabilidad contractual y la obligación de pagar intereses de mora se justifica en razón del daño antijurídico que sufre el contratista, materializado en la posibilidad que tiene éste de disponer en tiempo del dinero que ha adquirido con justo título".

15Consejo de Estado. Sección Tercera. 29 de junio de 2000, expediente 15481.

16Consejo de Estado. Sección Tercera. 11 de octubre de 200, expediente 15481.

17Concordancia. Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente. 22609. Providencia 20 de noviembre de 2003.

18Laudo Arbitral. Consorcio Procama Ltda. Y Ossa Cia S en C vs. Secretaría de Educación Distrital de Bogotá. Marzo 31 de 2004. "Al no existir consentimiento expreso del consorcio contratista para imputar los pagos recibidos primero a intereses y luego a capital al tenor del artículo 1653 del Código Civil cuya claridad no admite entendimiento diverso".

19Laudo Arbitral. INVIAS Consorcio Santa Marta Paraguachón S.A. 24 de agosto de 2001.

20Suescún Melo, Jorge. "Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil Comercial Contemporáneo" Cámara de Comercio. Universidad de los Andes 1996 "El artículo 1653 del Código Civil se refiere al caso de la obligación única con accesorios señalados que "si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se imputa el capital. Y agrega que "si el acreedor otorga carta de pago de capital sin mencionar los intereses se presumen pagados".

21Hinestroza. Fernando. Tratado de las obligaciones. Universidad Externado de Colombia.

22Laudo Arbitral 24 de agosto de 2002. El Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre la naturaleza de los intereses que se causan durante los primeros doce meses, en los siguientes términos: "En la parte pertinente, el parágrafo dispone que para las compensaciones con recursos del presupuesto nacional, se reconocerá como tasa de interés durante el tiempo que se demore el pago, la tasa bancaria de colocación para créditos a 12 meses para el período de 12 meses contados a partir de la fecha en que se estableció el déficit. Nótese que se habla de 12 meses

para el pago, a partir del momento en que se establezca el déficit, plazo sobre el cual se pactó un interés que el tribunal no duda en calificar de remuneratorio, puesto que es evidente que las partes pactaron un plazo de 12 mese para el pago, a partir del momento en que se establece el déficit".

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:03:14