

19 de febrero de 1998

Viabilidad Jurídica
del Pago.

Concepto. Solicitud interpuesta por el Licenciado Eloy E. Alvarez, en representación del Contralor General de la República, para que la Sala se pronuncie sobre la Viabilidad Jurídica del Contrato N°DG-63-92 de 27 de julio de 1992, celebrado entre el Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación y Ansaldo Energía, S.p.A.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Concurrimos respetuosamente ante Vuestra Alta Corporación de Justicia, con el propósito de emitir nuestro criterio en torno a la Viabilidad Jurídica del Pago, interpuesta por los apoderados judiciales del Contralor General de la República, del acto contenido en el Acuerdo Suplementario N°2 de 17 de julio de 1997, al Contrato N°DG-63-92 de 27 de julio de 1992, contrato principal para el suministro, transporte, entrega en sitio, supervisión y montaje de los equipos y piezas de repuestos para la puesta en servicio y operación comercial de la Unidad N°2, Central de 9 de enero, proveniente de la Licitación Pública N°120-90 de 18 de marzo de 1992.

La iniciativa procesal que nos ocupa tiene su génesis en la solicitud que el Gerente General del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (I.R.H.E), realizara a través de la Nota DAL-138-97 de 10 de julio de 1997, y en la cual solicitó a la Contraloría General de la República el refrendo del Acuerdo Suplementario N°2 al Contrato N°DG-63-92 de 27 de julio de 1992, celebrado entre el I.R.H.E. y Ansaldo Energía, S.p.A., para el suministro, transporte, entrega en sitio, supervisión y montaje de los equipos y piezas de repuestos para la puesta en servicio y operación comercial de la Unidad N°2, Central 9 de enero, el cual recibió concepto favorable del Consejo Económico Nacional mediante la Nota N°CENA/259 de 2 de julio de 1997.

En este Acuerdo Suplementario a la contratación pública efectuada entre el I.R.H.E. y la empresa Ansaldo Energía S.p.A., la entidad contratante propone reconocerle a esta empresa la suma de B/.34,633.69 en concepto de intereses por mora en los pagos efectuados por el I.R.H.E. Sin embargo, la Contraloría General de la República negó el refrendo respectivo mediante Memorando N°2280-Leg de 14 de octubre de 1997 y la Nota N°625-97-DEL-IRHE de 17 de octubre del mismo año. La Contraloría General de la República fundamenta su negativa para el refrendo del Acuerdo Suplementario N°2, en lo siguiente:

"El pago de intereses por mora está consagrado en el Artículo 80 de la Ley 56 de 1995 y es aplicable a aquellas contrataciones posteriores a la referida Ley, constituyéndose en una especie de condena a El Estado por pagos relacionados más allá del período legal establecido, (noventa (90) días contados a partir de la presentación de la cuenta) y cuya demora sea imputable a la entidad contratante.

La presente contratación data de 1992, es decir, anterior a la vigencia de la Ley 56 de 1995, por tanto, no hay asidero legal para pagar tales intereses por mora, y tampoco consta en el expediente que la moratoria haya sido por causas imputables a la entidad".

Sin embargo, mediante la Nota DAL-199-97 de 22 de octubre de 1997, el I.R.H.E. insiste en el refrendo del Acuerdo Suplementario, ya que el pago de intereses por mora, tal como se expone a foja 279 del expediente de marras:

"... surge de una reclamación presentada por el Contratista, como consecuencia del atraso verificado en el trámite de pago de cuentas presentadas, situación ésta en la cual tuvo parte la propia Contraloría General de la República y que siguió demostrándose y acentuándose, cuando se remite desde el 10 de julio de 1997 el Acuerdo Suplementario No. 2 a la Contraloría General y no es sino hasta el 14 de octubre de 1997, o sea cuatro (4) meses después que la Contraloría General devuelve con objeciones el Acuerdo Suplementario..."

Es así, que expuestos los antecedentes del presente caso, procedemos a externar nuestra opinión, en los siguientes términos:

El contrato de suministro, es un contrato que la Administración Pública celebra con un particular, ya sea una persona natural o jurídica, a fin de que éste proporcione un servicio público, a través de cosas, productos y servicios, cuyo destino es un servicio público regido por la Administración y por ende, regido por las disposiciones legales del derecho público.

A nivel doctrinal, el tratadista Rafael Bielsa, en su obra "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo II, pág. 424, define el contrato de suministro en los siguientes términos:

"El contrato de suministro es, a juicio nuestro, contrato administrativo; por su estructura jurídica es en lo substancial un contrato de compraventa pero puede configurarse también como locación de obra si es preponderante el trabajo o construcción sobre la materia o casa que sería en otro caso suministrada. De ahí su carácter mixto (o sui generis, según algunos, expresión con la cual nada se determina en punto a la naturaleza jurídica de dicho contrato)

Lo dominante en este contrato es su carácter público, la prestación de interés público que constituye su objeto, el régimen público de la formalización y cumplimiento, el contralor por la Administración pública, etc.; pero puesto que se trata de un contrato es necesario delinear, al menos, su estructura. El contrato de suministro está principalmente sometido al régimen jurídico del contrato de compraventa y, en consecuencia, a los principios generales del derecho común; pero la aplicación de las normas esenciales de derecho administrativo se considera implícita en este contrato, como en todos los contratos que celebra la Administración pública, en carácter de tal..."

Por tanto, en este tipo de contrato, al igual que otros contratos administrativos, operan tres principios que lo distinguen de los contratos civiles, a saber: el de la modificación unilateral del contrato por parte de la administración, el de la interpretación unilateral y el de la resolución unilateral. Estas características de los contratos administrativos constituyen las cláusulas exorbitantes -las cuales son extrañas o inhabituales en los contratos que realizan los particulares- y las mismas se imponen en atención al desarrollo del servicio público por el cual se realiza éste contrato.

Estos principios que prevalecen en los contratos administrativos han sido materia de varios pronunciamientos de vuestra Augusta Corporación de Justicia, de los cuales nos permitimos citar el siguiente:

"Un sector de la doctrina considera que la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos civiles debe buscarse en el 'régimen jurídico de los distintos vínculos contractuales, afirmando que los contratos administrativos se caracterizan por la existencia de cláusulas exorbitantes en relación con el derecho común o subordinación jurídica del particular a la administración, poniendo como ejemplo de ellas a la cláusula de caducidad (Resolución de 22 de julio de 1993 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la excepción de prescripción...)

Sostiene Allan R. Brewer-Carías, citado por Miguel González Rodríguez en su obra *La Contratación Administrativa en Colombia- Doctrina y Jurisprudencia*, que las llamadas cláusulas exorbitantes 'no son cláusulas en el sentido de que no son estipulaciones contractuales, sino que, en realidad, son manifestaciones del poder de acción unilateral propia de la administración..., relacionadas con la posibilidad de adoptar decisiones unilaterales relativas a la dirección, interpretación, incumplimiento, sanción, modificación unilateral y extinción..., y provienen de los poderes propios de acción unilateral de la administración como gestora del interés público; por ello, por lo general, no necesitan estar pactadas expresamente, y se toman por medio de actos administrativos que gozan tanto del privilegio de la ejecutividad como de la ejecutoriedad, sin perjuicio de que sobre ellos se ejerza un control de legalidad por el juez administrativo' (Cfr. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *La Contratación Administrativa en Colombia -Doctrina y Jurisprudencia*, 1a. ed. Librería Jurídica Wilches, Colombia, 1990, p. 8, 12 y 13)...". (Las negrillas son nuestras) (Fallo de 18 de noviembre de 1994. Registro Judicial de noviembre de 1994, págs. 252-258).

Entonces, tal como se advierte en los contratos administrativos existen las cláusulas exorbitantes las cuales son empleadas por la Administración con el propósito de realizar la modificación, interpretación y terminación unilateral del contrato. Empero, consideramos que la Administración no puede ampararse bajo estos principios para desconocer ciertas obligaciones emergentes de un contrato, tales como el pago por mora de intereses en la ejecución del contrato de la Administración, ya que frente a las características tradicionales de los contratos administrativos, se perfilan otras, tales como, el de la buena fe y la equidad. Al respecto, Agustín Gordillo en su escrito intitulado "Los Contratos Administrativos", expresa:

"Se dice así que los contratos administrativos son esencialmente de buena fe, lo que lleva a que la administración no deba actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni a tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, ni a aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio del contratista...

Se sostiene que si bien la equidad no es fuente del derecho administrativo, debe ser tenida en cuenta por la administración al resolver los casos concretos sometidos a su decisión y en los cuales podrían verse comprometidos los principios que la informan, admitiéndose, en suma, soluciones de equidad en los contratos administrativos..." (GORDILLO, Agustín, "Los Contratos Administrativos" en *Contratos Administrativos. Régimen de pago y actualización*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1988. p. 15).

En este sentido vuestra Sala en Sentencia de 13 de junio de 1991, expresa lo siguiente:

"Por último, la Sala debe enfatizar en este caso la vigencia del principio de la buena fe en el Derecho Administrativo, que vincula a la Autoridad Portuaria Nacional en las relaciones con los servidores públicos que en ella laboran. La doctrina y jurisprudencia comparadas aceptan que dicho principio es aplicable al Derecho Administrativo. ...En nuestro país el artículo 1109 del Código Civil establece que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, norma esta que es aplicable a los contratos o convenios celebrados por la Administración Pública...". (Las negrillas son nuestras). (Registro Judicial de junio de 1991. Sala Tercera. p. 53).

En este pronunciamiento jurídico, vuestra Sala introduce un principio transcendental que debe regular las relaciones que se den tanto en el ámbito del derecho privado como en el de derecho público: el principio de la Buena Fe.

Es bajo este principio cardinal de las relaciones jurídicas, por el cual consideramos que el pago de intereses por mora en la ejecución del contrato debe ser atendido por la Administración, ya que previo a todo, debemos considerar que la empresa Ansaldo Energía, S.p.A., está cumpliendo oportunamente con el Suministro, transporte, entrega en sitio, supervisión y montaje de los equipos y piezas de repuesto, para la puesta en servicio y operación comercial de la Unidad N°2, Central 9 de enero, por lo que en consecuencia, la Administración debe, en igual forma, responder a su tiempo con el pago pactado.

La Mora como inexecución o tardanza en el cumplimiento de una obligación produce la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados al suministrante. El reconocido jurista Marienhoff, expresa al respecto:

"La exigencia de que, en homenaje a la satisfacción de necesidades o intereses públicos, el cocontratante, en todos los casos de incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración Pública, deba igualmente cumplir y ejecutar el contrato, puede colocar al cocontratante en una situación de gravedad tal que implicaría una virtual violación a principios esenciales de derecho, pues ello se traduciría en el sacrificio de los intereses de una persona determinada -el cocontratante- en beneficio de todos, lo cual no es admisible, porque en homenaje a la satisfacción del interés público no puede pretenderse el sacrificio de una sola persona, ni aceptarse, entonces, la ruina económica del cocontratante, situación en la que éste podría verse colocado ante una prolongada falta de pago por parte de la Administración Pública, de sumas considerables en relación a la índole del contrato y al capital del cocontratante..."(MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A. Edit. Abeledo-Perrot. Argentina. p. 383)

Si bien, tal como apuntan, los procuradores judiciales del Contralor General de la República, que la contratación bajo análisis data de 1992 y el pago de interés por mora esta consagrado para las contrataciones que se realicen posteriores a la Ley 56 de 1995, a nuestro juicio, este criterio no debe constituirse en óbice para no reconocerle al contratista el pago del interés por mora, que incluso, hasta la propia administración del I.R.H.E, le reconoce.

Como expresáramos en párrafos precedentes, el contrato administrativo impone derechos y obligaciones tanto para la entidad contratante como para el contratista; y en el caso subjúdice, la empresa Ansaldo Energía, S.p.A. está ejecutando fielmente las condiciones del contrato, pero la Administración ha demorado el pago, de forma injustificada, lo cual ha generado, que la empresa haya reclamado el pago de interés por

mora en la ejecución del contrato hasta un monto de B/34.633.69. En relación con el cumplimiento de las obligaciones y derechos contractuales, resulta oportuno citar la sentencia de 9 de diciembre de 1994, de la Honorable Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que en lo pertinente señala: "...Los contratos administrativos, por su naturaleza, producen pues, una especial incidencia en el mundo jurídico, determinando recíprocamente atribuciones y obligaciones, con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos, y de manera particular e individual para cada una de las partes. Ese acto bilateral emana de una manifestación de voluntades coincidentes de las partes..." (El subrayado es de la Corte). (Registro Judicial de diciembre de 1994. Sala Tercera. p. 273).

Por tanto, en el presente negocio jurídico, debemos tener presente que la solución justa y equitativa no se encuentra consignada, para los efectos de esta contratación efectuada en 1992, en el ordenamiento legal vigente para aquella época, sino que la misma ha de hallarse fundamentada en los principios generales del derecho, como el de la buena fe.

Finalmente, adviértase que el pago de intereses por mora en la ejecución del contrato por causa imputable a la Administración, debe constituirse siempre en un caso excepcional, ya que las entidades encargadas de la ejecución y realización del pago, deben propender al cumplimiento fiel y eficaz de los derechos y obligaciones pactadas; no hacerlo, implica negligencia o ineptitud cualidades impropias de una Administración Pública transparente, eficiente, efectiva y capaz.

Honorables Magistrados, por las razones ampliamente detalladas en los párrafos que anteceden, consideramos que debe accederse al pago de interés por mora en la ejecución del contrato, contenido en el Acuerdo Suplementario N°2 al Contrato N°DG-63-92 de 27 de julio de 1992, celebrado entre el I.R.H.E. y Ansaldo Energía, S.p.A., para el suministro, transporte, entrega en sitio, supervisión y montaje de los equipos y piezas de repuestos para la puesta en servicio y operación comercial de la Unidad N°2, Central 9 de enero.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/8/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

MATERIA:
Principio de la Buena Fé
Cláusulas exhorbitantes en los contratos públicos
Pago por mora al contratista