



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

Cartagena de Indias D. T y C, veinte (20) de Marzo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00079-00
Demandante	ALIRIO JOSÉ BOLIVAR ALFARO
Demandado	NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL
Tema	Intereses moratorios por pago retardado de bonificación familiar
Sentencia No	0062

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por ALIRIO JOSÉ BOLÍVAR ALFARO, a través de apoderado judicial, contra la NACION- MINISTERIOR DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL.

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

1-Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20150423330358831/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10 de fecha 15 de Octubre de 2015, notificado personalmente 03 de Noviembre de 2015, expedido por la ARMADA NACIONAL, por medio del cual se niega la petición elevada por la demandante en la cual solicita el reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios causados por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio familiar devengó el demandante en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.

2-Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMANDA NACIONAL, a:

2.1. Efectuar el reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios a favor del señor ALIRIO JOSE BOLIVAR ALFARO causados por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio familiar devengó el demandante en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, desde que cada uno se hizo exigible hasta cuando se realizó su pago total el día 12 de Septiembre de 2012.

2.2. Reconocer, liquidar y pagar al señor ALIRIO JOSE BOLIVAR ALFARO, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros, equivalentes a 100 SMLMV a la fecha de su pago, a título de reparación integral del daño ocasionado por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio familiar devengó el demandante en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.

2.3. Que sobre cada una de las sumas que se lleguen a reconocer a favor del demandante ALIRIO JOSE BOLÍVAR ALFARO, se pague indexación mes por mes, tomando como base la certificación expedida por la Supe bancaria, desde la fecha en que debieron realizarse los respectivos pagos hasta el momento en que se cancelen cada una de las sumas reconocidas a favor del demandante, conforme a lo establecido en los artículos 187 y 192 del CPACA.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

2.4. Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas procesales en que ha incurrido el demandante, de acuerdo a lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

2.5. Que se condene a la entidad demandada a que de estricto cumplimiento a la sentencia.

- **HECHOS**

Como fundamentos facticos de su acción, la parte demandante, en resumen, planteó los siguientes:

El demandante ingresó al Ejército Nacional como soldado voluntario en vigencia de la ley 131 de 1985, a partir del 2003 pasó a ser denominado infante de marina profesional.

En razón de lo anterior el demandante se le aplica el Decreto 1794 de 2000, empezando a recibir el subsidio familiar contemplado en el artículo 11 ibídem; para el año 2009 se expidió el Decreto 3770 mediante el cual se aclara la forma de liquidar dicho subsidio, situación que conllevó a que el mismo se liquidara retroactivamente respecto a los años 2003 a 2007, pero solo se pagó el capital de las mismas para el año 2011 el 29.4%, y para el 2012 70.6%, sin que dichas sumas se actualizaran, además de no reconocer ningún tipo de interés por la mora en el pago de dichas sumas de dinero.

- **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.**

Considera el apoderado judicial de la accionante que con la expedición del acto acusado las accionadas ha trasgredido las siguientes normas:

- Constitucionales artículos 1, 2, 6, 23, 25, 29, 48, 53, 58 y 90.
- Artículo 1617 Código Civil
- Artículo 844 C de Co.
- Ley 21 de 1982.
- Artículos 42 (numeral 6) y 43 (numeral 1) del CGP.

El acto administrativo demandado es nulo en cuanto la contradicción entre este con el ordenamiento jurídico es evidente, en especial con las normas que obligan a resarcir el incumplimiento de una obligación prestacional – dineraria, compensación que se concreta en el reconocimiento de una indemnización en dinero, la cual se materializa en el reconocimiento de intereses moratorios por la no utilización del mismo (prestación) durante el tiempo en que se causó, o lo que también se puede denominar la retribución a favor del trabajador por parte de su empleador por el incumplimiento sin justificación razonable de una o varias obligaciones a su cargo, ocasionando que el trabajador no pueda ver compensado de forma completa y real su trabajo.

- **CONTESTACIÓN**

El MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL contestó la demanda en los siguientes términos:





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

Está demostrado que la falta de pago total del subsidio familiar al demandante no obedeció a mala fe de esta entidad, por el contrario se actuó con el convencimiento razonable que tenía la entidad de que la liquidación y pago del subsidio lo estaba realizando conforme a lo preceptuado por el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, siendo entonces que se actuó de buena fe, pues siempre estuvo atenta a cumplir con sus deberes y obligaciones frente a su empleado. Por consiguiente, tal situación no puede dar a lugar a intereses moratorios.

Es de anotar igualmente que el demandante se allanó a la mora, pues nunca requirió a la demandada para constituirla en mora, por cuanto creyó que la obligación se estaba pagando correctamente conforme ordena el decreto que la creó, 1794 de 2000, por tal razón no se puede hablar de mora.

Como excepciones de mérito presentó las denominadas "COBRO DE LO NO DEBIDO", "BUENA FÉ" y "PRESCRIPCIÓN".

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 02 de mayo de de 2016, se procedió a su admisión mediante auto adiado 12 del mismo mes y año, siendo notificada al demandante por estado electrónico 073.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el 29 de noviembre de 2016 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente, mediante auto de fecha 10 de mayo de 2017 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 04 de julio de 2017, conforme con el artículo 180 del CPACA, y audiencias de pruebas el 23 de agosto de 2017 y 07 de febrero de 2018, en la cual se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación de alegatos por escrito.

- ALEGACIONES

DE LA PARTE DEMANDANTE. No presentó alegatos de conclusión.

DE LA PARTE DEMANDADA: La entidad realizó el pago del subsidio familiar reconociendo el 4% de la prima de antigüedad, pago que estuvo sujeto a reliquidación como consecuencia de la aclaración aritmética de fórmula matemática aplicable contenida en el Decreto de 2009; siendo así la demandada no se allanó de forma alguna al cumplimiento de sus obligaciones como empleador y en ese sentido en los años correspondientes realizó los pagos a que hubiere lugar, sin que en ninguno de dichos períodos fuera constituido en mora por el no pago, evidentemente porque dicha omisión jamás ocurrió, generándose entonces imposibilidad de reclamar pago de intereses de mora.

MINISTERIO PUBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURIDICO

Se contrae a determinar, si ¿tienen derecho los demandantes, a que se le reconozca, liquide y pague los intereses moratorios causados por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio familiar devengaron en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, de acuerdo a la Ley 21 de 1982?

- TESIS

Concluye esta casa judicial que en realidad no ha surgido obligación alguna por parte del ente accionado que conlleve a un reconocimiento de intereses moratorios, debido a que Decreto 3770 de 2009 nunca ordenó que la fórmula se entrara a aplicar de manera retroactiva y se procediera a reliquidar el subsidio familiar a los infantes profesionales, situación que se realizó por mera liberalidad del ente demandado, sumado a que siempre ha actuado de buena fe respecto al monto de la prestación social, y por el contrario buscó enrutar su actuar en beneficio de quienes prestaban el servicio, pero termina toda esta situación con la declaratoria de nulidad, con efectos *ex tunc*, del pluricitado Decreto 3770 de 2009, y quedando claro que nunca se ordenó a la Armada Nacional a realizar reliquidación alguna de la prestación referida, y no existiendo obligación alguna lógicamente no podría hablarse de mora.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El legislador, a través del artículo 1º de la Ley 131 de 1985, estableció la posibilidad de que quienes hubieren prestado su servicio militar obligatorio, manifestasen su deseo de seguir vinculados a la Fuerza Pública, bajo la modalidad del servicio militar voluntario.

Sobre el particular, los artículos 1º, 2º y 3º de la norma en cita, señalaban:

***Artículo 1.** Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno podrá establecer el servicio militar voluntario dentro de los términos de esta Ley.*

***Artículo 2.** Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.*

***Parágrafo 1.** El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de 12 meses.*

***Parágrafo 2.** La Planta de Personal de soldados que preste el servicio militar voluntario será establecida por el Gobierno.*

***Artículo 3.** Las personas a que se refiere el artículo 2º de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la*





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley."

Según las normas transcritas, quien hubiera prestado el servicio militar obligatorio, si así lo manifestaba al respectivo Comandante de Fuerza y este lo autorizaba, podía continuar vinculado a las Fuerzas Militares, pero prestando sus servicios militares como soldados voluntarios.

En lo que tiene que ver con el régimen salarial y prestacional del personal de soldados o infantes de marina profesionales, el Decreto Ley 1793 de 2000, en su artículo 38, autorizó al Gobierno Nacional para su expedición, en los siguientes términos:

"Artículo 38. Régimen salarial y prestacional. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."

Es del caso precisar, que la Ley 4ª de 1992, a la cual debía ceñirse el Gobierno Nacional para expedir los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, consagra el principio de respeto de los derechos adquiridos en su artículo 2º, literal a), en los siguientes términos:

"Artículo 2.- Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a. El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales:(...)"

Teniendo en cuenta las normas reseñadas, el Gobierno Nacional procedió a expedir el régimen salarial y prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, mediante el Decreto Reglamentario 1794 de 2000 cuyos artículos 1º y 2º definieron las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales, tanto de los que iban a ingresar por vez primera, como los que venían de ser voluntarios.

Sobre este particular, estima el Despacho conveniente transcribir los artículos 1º y 2º del referido Decreto Reglamentario 1794 de 2000:

"Artículo 1. Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán 1 salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40% del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Artículo 2. Prima de antigüedad. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

equivalente al 6.5% de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un 6.5% más, sin exceder del 58.5%.

Parágrafo. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

Artículo 3. Prima de servicio anual. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los 15 primeros días del mes de julio de cada año.

Parágrafo 1. Cuando el soldado a que se refiere este artículo, no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima proporcionalmente, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el salario básico devengado en el último mes más la prima de antigüedad.

Parágrafo 2. Cuando el soldado profesional se encuentre en comisión mayor de 90 días en el exterior, la prima de servicio anual será pagada de conformidad con las disposiciones vigentes.

Artículo 4. Prima de vacaciones. A partir de la vigencia del presente Decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al 50% del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del 1º de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto.

Esta prima deberá liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en el cual el soldado profesional adquiere el derecho a disfrutarlas, previa autorización de la Fuerza respectiva.

Artículo 5. Prima de navidad. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al 50% del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.

Parágrafo. Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.

...

Artículo 9. Cesantías. El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

...

Artículo 11. Subsidio familiar. *A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.*

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente."

De otra parte el decreto 3770 de 2009 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1º. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000,

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio,

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual,

ARTÍCULO 2º. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 179 de 2000.

Siendo que la parte accionante pide reconocimiento de intereses moratorios en el presente asunto, frente a tal tema se ha de indicar lo siguiente:

Naturaleza y contenido de los intereses moratorios¹

"Los intereses moratorios son aquellos que se pagan para el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida². La mora genera que se hagan correr en contra del deudor los daños y perjuicios llamados moratorios que representan el perjuicio causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación³. Sobre este aspecto afirman Planiol y Ripert:

¹ Sentencia C-604/12.

² PLANIOL, Marcel, Ripert, Geoger. Derecho Civil, V. 8, Harla, México, 1997, pág. 632; HINESTROSA FORERO, Fernando: Tratado de las Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pág. 165; PADILLA, René: La mora en las obligaciones, Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 225; ALBALADERO, Manuel: Derecho Civil, T. II, Derecho de obligaciones, Edisofer, Madrid, 2004, pág. 70.

³ PLANIOL, Marcel, Ripert, Geoger. Derecho Civil, V. 8, Harla, México, 1997, pág. 617; MAZEAUD, Henri / MAZEAUD, León / TUNC, André: Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, T. 3, V. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1963, pág. 504; CLARO DEL SOLAR, Luis: Explicaciones de Derecho Civil





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

"Los daños y perjuicios moratorios tienen como carácter esencial, se acumulables necesariamente con el cumplimiento efectivo de la obligación, puesto que representan el perjuicio resultante del retraso, perjuicio que no se repara por el ulterior cumplimiento de la obligación"⁴ (negritas y subrayado fuera de texto).

Siguiendo estas vertientes, en especial la francesa, el Código Civil de Colombia consagra los intereses moratorios como una indemnización derivada del retardo⁵, la cual podrá ser convencional si es tasada por las partes o en su defecto legal, caso en el cual será equivalente al 6 por ciento anual:

"Indemnización por mora en obligaciones de dinero. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas"⁶.

La Corte Constitucional declaró exequible esta norma que determina las reglas para indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones, señalando que la ley respeta las convenciones que se hagan y por ello el interés del 6 por ciento es un interés supletorio:

"Los artículos anteriores al 1617, es decir, el 1612, el 1613, el 1614, el 1615 y 1616, establecen las reglas que deben seguirse para indemnizar los perjuicios

Chileno y Comparado, V. V. Santiago, 1988, pág. 723, LARENZ, Kart. Derecho de Obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 339 y 340; PADILLA, René, La mora en las obligaciones, Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 220; MANASEVICH, Rene Abeliuk: Las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile / Editorial Temis, Santiago, 1993, pág. 710.

⁴ PLANIOL, Marcel, Ripert, Geoger: Derecho Civil, V. 8, Harla, México, 1997, pág. 641. En sentido similar, LARENZ, Kart: 349 y 350.

⁵ HINESTROSA FORERO, Fernando: Tratado de las obligaciones, Universidad externado de Colombia, 2002, pág. 163

⁶ Artículo 1617 del Código Civil de Colombia.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

causados por el incumplimiento de la obligación. Con razón se ha sostenido que el 1617 es una excepción a las reglas mencionadas, como lo afirma don Fernando Vélez:

"Decimos que este artículo es una excepción a las reglas sobre perjuicios, porque señala los que debe satisfacer una persona que es deudora de una suma de dinero y no la paga el día que se vence el plazo; porque determina el hecho que constituye en mora al deudor, sin que sea necesario para que ésta exista reconvencción judicial (art. 1608, No. 1), y porque los intereses se deben sin tener en cuenta ni daño emergente, ni lucro cesante, ni si hay dolo por parte del deudor, o si los perjuicios pudieron o no preverse. En suma, basta la mora en el pago para que deba intereses el deudor". (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, Imprenta París América, 2a. Edición, tomo VI, pág. 248)⁷.

El autor citado, al referirse al interés legal, anota: "El inciso segundo de la regla 1a., fija el interés anual en el 6%. Este es poco en las actuales circunstancias del país en que el interés corriente es muy elevado" (ob. cit., pág. 249).

La norma que obliga al pago del interés legal, es decir, el inciso primero de la regla primera, es supletoria, pues los intereses legales sólo se deben cuando no se ha pactado un interés superior al legal, y el deudor incurre en mora. Y también es claramente supletoria la norma del artículo 2232 del Código Civil, de conformidad con la cual "si en la convención se estipulan intereses sin expresarse la cuota, se entenderán fijados los intereses legales".

Pero, en la vida corriente de los negocios no es frecuente el otorgamiento de préstamos de dinero sin la estipulación de intereses, ni el que éstos se convengan sin determinar su tasa. Por el contrario, lo que se observa es la tendencia a pactar intereses excesivos. Por eso, el artículo 2231 del Código Civil ordena al juez reducir al interés corriente el que "exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención,... si lo solicitare el deudor".

Queda claro, en consecuencia, que la ley, en principio, respeta la autonomía de la voluntad en lo relativo al pacto de intereses. Y que, en general, su intervención se limita a impedir que se incurra en prácticas usurarias⁸.

El Código de Comercio también se refiere al interés moratorio estableciendo que a falta de estipulación, los intereses moratorios serán equivalentes a una y media veces el interés bancario corriente:

"Limite de intereses y sanción por exceso. Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria⁹.

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C - 485 de 1995, M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía.

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C - 485 de 1995, M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía.

⁹ Artículo 884 del Código de Comercio.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

Estas reglas para el cobro de intereses también han sido reconocidas por la propia Corte Constitucional:

"(...) Cuando se trata de, iv) intereses moratorios, en el Código Civil, se dispone que en ausencia de estipulación contractual sobre intereses moratorios, se siguen debiendo los intereses convencionales si fueron pactados a un interés superior al legal, o en ausencia de tal supuesto empieza a deberse el interés legal del 6%; sin perjuicio de los eventos legales en que se autoriza la causación de intereses corrientes (art. 1617). En el caso comercial, la inexistencia de previsión convencional sobre moratorios autoriza que se cobre una y media veces el interés bancario corriente."¹⁰

Por su parte, el inciso primero del artículo 635 del Estatuto Tributario señala que la tasa de interés moratorio será la tasa equivalente a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora.

"Determinación de la tasa de interés moratorio. Para efectos tributarios y frente a obligaciones cuyo vencimiento legal sea a partir del 1o de enero de 2006, la tasa de interés moratorio será la tasa equivalente a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora"¹¹.

Por lo anterior, en Colombia el interés moratorio tiene un contenido indemnizatorio distinto a la simple corrección monetaria, situación que no puede ser desconocida por el legislador al momento de determinar las tasas a las cuales lo vincula, por lo cual los intereses moratorios deberán contemplar un componente inflacionario o de corrección monetaria y uno indemnizatorio, el cual podrá variar teniendo en cuenta la existencia de diversos regímenes en cuanto a las tasas de interés, tal como sucede en relación con los intereses civiles y comerciales según se reconoció en la sentencia C - 364 de 2000."

Mientras que nuestra codificación civil, en lo atinente a la mora establece:

"ARTICULO 1608. MORA DEL DEUDOR. El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado: salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor."

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional, C-364 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹¹ Artículo 635 del Estatuto Tributario.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

El texto normativo transcrito consagra como regla general (numeral 3) para la constitución en mora la del **requerimiento judicial** que el acreedor debe promover en relación con el deudor, al tiempo que establece dos eventos especiales, excepcionales a esa regla general, en los cuales la constitución en mora opera de manera diferente, así:

El primero de ellos ocurre por el vencimiento del plazo que ha sido estipulado desde el momento de la celebración del contrato, *diez interpellat pro homine*, es decir, que el deudor y el acreedor conocen desde el nacimiento de la obligación la fecha límite de su cumplimiento, pero si vencido el plazo no ha sido satisfecha por el deudor, la mora opera automáticamente, a menos que por disposición legal se exija que además del vencimiento del plazo pactado, el deudor sea requerido para que quede constituido en mora.

El segundo se refiere a los casos en los cuales, por razón del contenido o naturaleza misma de la obligación se tiene que ella únicamente ha debido ser ejecutada dentro de un plazo que el deudor dejó pasar sin haberla cumplido, por lo tanto, no resulta viable hacerlo después, razón por la cual no habría lugar a requerimiento encaminado a que se cumpla tal obligación.

En el marco de este contexto normativo, resulta claro que únicamente en estos dos eventos excepcionales, previstos expresamente en la ley civil, la constitución en mora del deudor opera de manera automática por la ocurrencia del supuesto fáctico, a la vez que la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora concurren de manera simultánea; en los demás, la exigibilidad de la obligación siempre precederá a la mora en cuanto que esta última solo se dará por reconvención del acreedor, adelantada ante el juez.

Para ilustrar el tema resulta pertinente traer a colación los lineamientos trazados por la Corte Suprema de Justicia en su abundante y reiterada jurisprudencia sobre la materia. Así, en sentencia de 16 de diciembre de 1968, la Sala de Casación Civil hizo el siguiente pronunciamiento:

"Si los indicados son los únicos casos en que la ley consagra la mora automática, es obvio que solo en ellos se da una coincidencia simultánea entre los conceptos entre exigibilidad y mora. En cualquiera otra hipótesis diversa a las de las excepciones consideradas, la coincidencia entre exigibilidad y mora no se produce sino en forma sucesiva y mediante la reconvención judicial del deudor por el acreedor. Por eso se dice que si bien la mora supone la exigibilidad siempre, la regla inversa no es exacta, porque no toda exigibilidad supone mora."

"Significa lo anterior, entonces, que las obligaciones puras y simples, no comprendidas como desde luego no lo están dentro de los casos de excepción de los numerales primero y segundo del artículo 1608 del Código Civil, deben por lo tanto ser ubicadas dentro de la regla general contemplada por el numeral 3º de dicho precepto, o sea que ellas, aunque exigibles desde el mismo momento de su nacimiento, no colocan por sólo ello al respectivo deudor en la condición de moroso, pues para que tal cosa suceda se necesita que medie la reconvención judicial del acreedor." (Resaltado fuera del texto)

En sentencia más reciente la misma Corte Suprema de Justicia hizo una clara distinción entre los conceptos de exigibilidad y mora, la posibilidad de exigir la obligación independientemente de la mora y la necesidad de constituir al deudor en mora para que el acreedor pueda reclamar los perjuicios, en los siguientes términos se pronunció:

"1.2. Significa entonces lo anterior que exigibilidad y mora de la obligación son dos nociones jurídicamente diferentes. La primera se predica de las obligaciones puras y simples, esto es, las que no se encuentran sometidas a plazo, condición o modo, ya porque nunca han estado sujetas a una cualquiera de estas modalidades, ora porque estas ya se realizaron y, por ello el acreedor se encuentra autorizado a exigir al deudor su cumplimiento, aún acudiendo para el efecto a la realización coactiva del derecho mediante la ejecución judicial; la mora, en cambio,





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación de la prestación debida. De tal suerte, solo a partir de surtida la interpelación puede afirmarse que el deudor incumplido, además ostenta de deudor moroso, momento este a partir del cual puede exigirse el pago de perjuicios conforme a lo dispuesto por los artículos 1610 y 1615 del Código Civil o reclamarse el pago de la cláusula penal, que entonces se torna exigible de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 1594 y 1595 del Código Civil.

1.3. Como se ve por lo expuesto, si una de las partes contratantes incumple con sus obligaciones, el acreedor, por el solo hecho de este incumplimiento no puede reclamar el pago de los perjuicios que le hubieren sido causados con él, pues para ello se requiere constituir en mora al deudor.” (Negrillas son de la Sala)¹²

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

- CASO CONCRETO

Al valorar las pruebas que obran en el expediente, constata el Despacho que el demandante se desempeñó como: i) soldado voluntario desde el 15 de octubre de 1992 hasta el 13 de agosto de 2003, según hoja de vida visible a folio 58; y ii) soldado profesional desde el 14 de agosto de 2003 hasta la actualidad; por lo tanto es un hecho probado que su situación queda cobijada por el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

Conforme lo anterior se constata que el accionante tenía derecho al pago de subsidio familiar, como efectivamente se hizo, igualmente se verifica que al mismo se le reconoció un adicional del mentado subsidio que ascendió a un valor de \$13.752.123,84, por parte de la Armada Nacional (Fols. 15), y en razón a que dicho valor se pagó en dos contados aduce la parte demandante que debe reconocérsele intereses moratorios.

Establecido el anterior escenario fáctico, y conforme las pretensiones del libelo, debemos recordar que *exigibilidad y mora de la obligación son dos nociones jurídicamente diferentes. La primera se predica de las obligaciones puras y simples, esto es, las que no se encuentran sometidas a plazo, condición o modo, ya porque nunca han estado sujetas a una cualquiera de estas modalidades, mientras que; la mora, en cambio, supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación de la prestación debida.*

De lo anterior, y en procura de establecer si efectivamente se deben intereses moratorios, se hace necesario determinar si efectivamente surgió obligación del Ministerio de Defensa – Armada Nacional frente al infante de marina ALIRIO BOLÍVAR ALFARO en lo que toca a reliquidación de la prestación social; al respecto, y como arriba se dijo este último es beneficiario del artículo 11 del **Decreto 1794 de 2000**, que hace referencia al subsidio familiar, el cual fue derogado por el **Decreto 3770 de 2009**, en esta norma paralelamente se aclara la fórmula con la cual se debe seguir liquidando esa prestación, y conforme a ello de manera voluntaria la Armada Nacional procedió a reliquidar esa prestación social, con efectos reactivos, situación sobre la cual se sustentan las pretensiones.

Ahora bien, siendo claro que se toma como motivación principal de la demanda el Decreto 3770 de 2009, debe destacar el Despacho que el mentado decreto fue declarado nulo por el Consejo de

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, 29 de agosto de 2007. Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854). Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

Estado mediante providencia de fecha 08 de junio de 2017, en proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10), Consejero Ponente: César Palomino Cortés, ello con efectos *ex tunc*, esto es, desde el momento mismo en que el acto tuvo su origen, retrotrayendo la situación jurídica a ese estado anterior, como si nunca hubiese nacido tal acto administrativo; frente a tal circunstancia, y siendo que la reliquidación que efectuó la entidad demandada en realidad surgió de su liberalidad, pues siempre entendió razonablemente estar realizando la liquidación del subsidio conforme se dice en el Decreto 1794 de 2000, y solo vino a cambiar la fórmula de liquidación con el lineamiento marcado por el Decreto 3770, aplicándola de manera retroactiva, por lo que no se materializan en el asunto bajo estudio las exigencias fácticas de la mora.

Con base el escenario establecido, concluye esta casa judicial que en realidad no ha surgido obligación alguna por parte del ente accionado que conlleve a un reconocimiento de intereses moratorios, debido a que Decreto 3770 de 2009 nunca ordenó que la fórmula se entrara a aplicar de manera retroactiva y se procediera a reliquidar el subsidio familiar a los infantes profesionales, situación que se realizó por mera liberalidad del ente demandado, sumado a que siempre ha actuado de buena fe respecto al monto de la prestación social, y por el contrario buscó enrutar su actuar en beneficio de quienes prestaban el servicio, pero termina toda esta situación con la declaratoria de nulidad, con efectos *ex tunc*, del pluricitado Decreto 3770 de 2009, y quedando claro que nunca se ordenó a la Armada Nacional a realizar reliquidación alguna de la prestación referida, y no existiendo obligación alguna lógicamente no podría hablarse de mora, en consecuencia se negarán las pretensiones y se declarará probada la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO, por cuanto no se estructura causal de nulidad que afecte el acto administrativo acusado.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la parte demandante haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00079-00

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE probada la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO, en el presente asunto, conforme se fundamentó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin costas.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia. archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

