

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL – Incumplimiento del contrato – Reparación del daño – Carga probatoria

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediadamente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación. Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía. Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que «*incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*», sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que «*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.*» Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 73001-23-31-000-1997-14722-01(25131)

Actor: HERNANDO OLMOS MILLAN

Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 25 de abril de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente No. 14.722

El 22 de enero de 1997¹, **Hernando Olmos Millán** presentó demanda contra el **departamento del Tolima** solicitando la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. 124 del 6 de mayo de 1996 y 206 del 20 de junio de 1996 por medio de las cuales, respectivamente, se impuso una multa al demandante por el monto de \$11'901.474,20 y se confirmó dicha decisión; así como la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. 211 del 27 de junio de 1996 y 290 del 13 de septiembre de 1996 por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato No. 089 de 1995 y se confirmó dicha decisión.

Solicitó, como consecuencia de la anterior declaración, que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de la suma de \$1.506'431.991,58 a título de indemnización de los perjuicios materiales.

2. Expediente No. 15.345

El 4 de junio de 1997², **Hernando Olmos Millán** presentó demanda contra el **departamento del Tolima** solicitando la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. 364 del 19 de noviembre de 1996 y 020 del 10 de febrero de 1997 por medio de las cuales, respectivamente, se liquidó unilateralmente el contrato No. 089 de 1995 y se repuso parcialmente dicha decisión.

Solicitó, como consecuencia de la anterior declaración, que se condenara al accionado al reconocimiento y pago de la suma de \$1.352'707.921,21 a título de indemnización de los perjuicios materiales.

3. Hechos comunes de las demandas

El 6 de septiembre de 1995, demandante y demandado celebraron el contrato No. 089 por medio del cual aquel se obligó a ejecutar para éste, por el sistema de precios unitarios, la pavimentación del sector Falan – Palocabildo de la carretera San Felipe – Falan – Palocabildo.

Como valor total del contrato se convino la suma de \$595'073.710 cuyo 25% sería cancelado a título de anticipo y el restante porcentaje se pagaría mensualmente deduciendo lo correspondiente al anticipo, a las multas a que hubiera lugar y a los demás conceptos a cargo del contratista.

La duración del contrato se fijó en 240 días contados a partir de la suscripción del Acta de Iniciación de Obras, esto es desde el 1 de noviembre de 1995.

La compañía de seguros Confianza S.A. expidió la póliza No. GU-3494815 por un valor asegurado de \$357.044.227 con el objeto de garantizar el cumplimiento del contrato No. 089 de 1995.

El 18 de septiembre de 1995, las partes suscribieron un Acta de Modificación del contrato No. 089 por medio del cual acordaron cambiar las cláusulas Quinta y Sexta para determinar que de ahí en adelante el anticipo era el equivalente al 40% del contrato y que el sistema de pavimentación era el de mezcla caliente en planta en lugar de la mezcla en vía en razón a que garantizaba la calidad y estabilidad de la obra.

¹ Folios 68 a 92 del c. No. 1.

² Folios 56 a 81 del c. No. 1.

En realidad, el Acta de Modificación fue una decisión unilateral de la Administración en la que omitió seguir lo establecido en el artículo 16 de la ley 80 de 1993 y en consecuencia examinar si con ella se alteraba el valor del contrato en un 20% o más.

El Departamento del Tolima incumplió el contrato al omitir entregar los planos, diseños y trazados de la vía a construir, determinar de manera oportuna la fuente para la extracción de materiales y otorgar un plazo adecuado para la ejecución de las obras.

La ejecución del contrato No. 089 de 1995 se atrasó gracias al acaecimiento de unos hechos de fuerza mayor y caso fortuito y a unas alteraciones y modificaciones de las estipulaciones contractuales tales como el cambio de la mezcla en vía por la mezcla en planta y de las especificaciones del material asfáltico, el aumento de las cantidades de obra, el hecho de que las canteras designadas para obtener el material de construcción no eran aptas, el inicio de una temporada invernal no prevista y la destrucción del puente que atraviesa el río sabandija por el cual era indispensable transitar a la hora de ejecutar las obras.

El 6 de mayo de 1996, de conformidad con lo estipulado en la cláusula Décimo Octava del contrato No. 089 de 1995, la entidad contratante expidió la Resolución No. 124 por medio de la cual impuso una multa a Hernando Olmos Millán por el monto de \$11.901.474,20, equivalente al 2% del valor del contrato, por causa del retraso en la ejecución de las obras la cual fue confirmada mediante la Resolución No. 206 del 20 de junio de 1996.

El 27 de junio de 1996, la entidad contratante expidió la Resolución No. 211 por medio de la cual, haciendo uso de la facultad concedida en la cláusula Décima Novena del contrato No. 089 de 1995, declaró la caducidad del mismo con fundamento en que el contratista había incurrido en incumplimientos que conducirían a la paralización de las obras y, en consecuencia, declaró la terminación del contrato y la ocurrencia del siniestro amparado con las garantías de cumplimiento y de buen manejo del anticipo, requirió al contratista para que devolviera el anticipo y ordenó liquidar el contrato.

El 13 de septiembre de 1996, el Departamento del Tolima expidió la Resolución No. 290 por medio de la cual confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 211 del 27 de junio.

Como el contratista no acudió a la convocatoria del Departamento del Tolima para liquidar de común acuerdo el contrato No. 089 de 1995, ésta expidió la Resolución No. 364 del 19 de noviembre de 1996 mediante la cual la realizó de forma unilateral.

Mediante la Resolución No. 020 del 10 de febrero de 1997, la entidad contratante repuso parcialmente la Resolución No. 364 en consecuencia de lo cual disminuyó el saldo final a favor del Departamento del Tolima.

4. El trámite procesal

Admitidas que fueron las respectivas demandas, los procesos iniciaron su correspondiente trámite pero a solicitud de la parte actora en el proceso 14.722, en auto del 2 de septiembre de 1997, el Tribunal ordenó la acumulación de los procesos.

Puestos ya en un mismo estadio procesal, se decretaron y practicaron pruebas y por medio de auto del 9 de agosto de 2002, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión oportuna que fue aprovechada por ellas y por la compañía aseguradora CONFIANZA S.A.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En fallo del 25 de abril de 2003 el Tribunal Administrativo del Tolima decidió acceder parcialmente a las pretensiones de las demandas acumuladas pues, en primer lugar declaró la nulidad de las Resoluciones No. 124 del 6 de mayo de 1996 y 206 del 20 de junio de 1996 por medio de las cuales se multó a Hernando Olmos Millán, de las Resoluciones No. 211 del 27 de junio de 1996 y 290 del 13 de septiembre de 1996 por medio de las cuales se declaró la caducidad del contrato No. 089 de 1995, así como de las Resoluciones No. 364 del 19 de noviembre de 1996 y 020 del 10 de febrero de 1996 por medio de las cuales liquidó unilateralmente ese contrato; en segundo lugar condenó al Departamento del Tolima al pago de la suma de \$38.064'504.048 a título de la utilidad esperada dejada de percibir y de \$96'000.000 por concepto de materiales no utilizados, y del equivalente a 30 smlmv a título de indemnización por los perjuicios causados al buen nombre de Hernando Olmos Millán; y en tercer lugar ordenó al contratista devolver la suma de \$166'548.429 correspondiente a la porción del anticipo que no se ejecutó; y en último lugar negó los demás pedimentos.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

El sentenciador de primera instancia empieza denegando las excepciones propuestas por el Departamento del Tolima al considerar que el poder conferido no es inexacto ni insuficiente pues la acción incoada es la de controversias contractuales señalada en el poder judicial otorgado por el actor, así mismo determina que el término de caducidad de la acción impetrada por el actor es de 2 años que no de 4 meses y por consiguiente no se ha vencido y finalmente, señala que los actos administrativos acusados se integraron cuando se decretó la acumulación de los procesos 14722 y 15345.

El contrato No. 089 del 6 de septiembre de 1995 es de carácter bilateral y oneroso en razón a que las partes contratantes se obligaron recíprocamente y tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada una en beneficio de la otra.

Una de las obligaciones a cargo del Departamento del Tolima es la contemplada en la cláusula Vigésima Tercera del contrato en la cual le impone el deber de suministrar los planos y las especificaciones conforme a las cuales el contratista debe ejecutar las obras de pavimentación del sector Falan – Palocabildo de la carretera San Felipe – Falan – Palocabildo.

Como el Departamento del Tolima incumplió esa obligación dejando al contratista sin los planos y especificaciones técnicas conforme a los cuales debía ejecutar la obra contratada, no es jurídicamente válido que el contratante haya multado al contratista y posteriormente declarado la caducidad y liquidación del contrato No. 089 de 1995 con fundamento en un incumplimiento contractual que sólo le era imputable a él mismo.

La declaratoria de la caducidad del contrato No. 089 de 1995 causó perjuicios al contratista por el monto de \$38'064.504,48 correspondientes a la utilidad que

esperaba percibir cuando ejecutara el contrato en su totalidad, el cual resulta de liquidar el 15% de los \$507'526.726 que no fue posible ejecutar y luego descontarle la mitad en razón a que la jurisprudencia así lo sugiere cuando no se corrieron los riesgos y eventualidades propias de la ejecución de un contrato.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en el dictamen pericial, el contratista sufrió perjuicios materiales por el monto de \$96'000.000 correspondientes al valor de los materiales que tuvo a disposición de la obra y no fueron utilizados, el cual será indemnizado a condición de que sean entregados a la entidad contratante.

Como quiera que el contratista sólo ejecutó la suma de \$42'307.551 del valor total de \$208'855.980 que fue entregada a título de anticipo, debe devolver a la entidad contratante los \$166'548.429 restantes por no haber sido utilizados.

Durante los 5 años siguientes a la declaratoria de la caducidad del contrato No. 089 de 1995, el contratista sufrió perjuicios en su buen nombre los cuales se estiman en 30 smlmv.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así decidido la parte demandada, la parte demandante y la aseguradora Confianza S.A. interpusieron el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

1. Recurso de la parte demandada

Las pruebas que obran en el expediente, entre éstas el oficio HO-09-113-96 del 27 de febrero de 1996 y el Informe Final de la Interventoría, dan cuenta del incumplimiento del contratista en razón a que cuando transcurrió la mitad del plazo contractual tan sólo había ejecutado un 10% de la inversión prevista y además no había contratado la totalidad del personal y los equipos requeridos, atraso éste que fue incrementando hasta el vencimiento del plazo el 30 de julio de 1996 al punto que en definitiva sólo alcanzó a ejecutar un 14% del valor pactado.

Los actos administrativos demandados fueron expedidos por la entidad contratante con fundamento en los postulados del numeral 1 y 2 del artículo 4 y del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 los cuales establecen que dentro de los deberes de las entidades estatales está el de exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias a que haya lugar y, cuando se presente un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato al punto de conducirlo a una inminente paralización, expedir un acto administrativo que lo dé por terminado y ordene su liquidación.

El Tribunal desconoció que el contratista había incumplido la obligación de ejecutar el contrato No. 089 de 1995 dentro de los 240 días estipulados para eso, razón por la cual hubo necesidad de contratar nuevamente la pavimentación de la vía.

2. Recurso de la parte demandante

El apelante solicita modificar la sentencia de primera instancia en lo desfavorable

a sus pretensiones, en particular señala que esta Corporación cambió su línea jurisprudencial cuando expidió la sentencia 13.792 del 27 de noviembre de 2002 reconociendo la totalidad de la utilidad esperada por el contratista aún en los casos en que no se había ejecutado la integridad del contrato.

Por otro lado, el apelante sostiene que el Tribunal omitió ordenar el reconocimiento y pago de la suma de \$40'542.000 por concepto de los gastos en que incurrió para contratar el personal destinado a realizar las obras y aparte, exigió la devolución de una porción del anticipo que supuestamente no fue ejecutada olvidando que las partes modificaron el contrato el 18 de septiembre de 1995 en orden a construir una planta de asfalto al servicio de la obra cuyo costo no fue cancelado al contratista.

Adicionalmente, el contratista solicitó que la indemnización por concepto del perjuicio moral se extendiera durante el mismo tiempo que estuvo sancionado y en imposibilidad de celebrar contratos con la Administración, es decir durante 60 meses.

Finalmente, el recurrente solicita que así como el Tribunal ordenó el pago de unas sumas de dinero debidamente actualizadas a favor de la entidad contratante, ordene la actualización del monto de las indemnizaciones reconocidas al contratista.

3. Recurso de la aseguradora Confianza S.A.

La recurrente solicita la modificación parcial de la sentencia de primera instancia, en particular en lo referente al monto de la indemnización por concepto de utilidad esperada dejada de percibir, materiales no utilizados y daño al buen nombre por considerar que no atiende a la medida del perjuicio causado al contratista con ocasión de la declaratoria de la caducidad del contrato No. 089 de 1995.

Además, la apelante sostiene que el Tribunal incurrió en una incoherencia al ordenar la devolución de la porción del anticipo que no fue ejecutada con fundamento en un acto administrativo declarado nulo, como sucedió con la Resolución No. 364 del 19 de noviembre de 1996 por medio del cual se liquidó el contrato No. 089 de 1995.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público guardó silencio en este asunto.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

1. Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que “*el pago efectivo es la prestación de lo que se debe*”, que “*el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes*” y que “*el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.*”

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “*no cumplimiento*”³ y esta situación, por regla general,⁴ no da lugar a la responsabilidad civil.⁵

2. El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediamente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.

Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que “*incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que “*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.*”

Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.

Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía

³ F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237

⁴ Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil

⁵ Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, *ibidem*.

del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediabilmente condenada al fracaso.

3. Si se tiene en cuenta que la responsabilidad derivada del contrato persigue la indemnización de los perjuicios causados, como ya se dijo, y que en la responsabilidad contractual el deudor debe estar en mora pues de lo contrario no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal en su caso, tal como lo pregonan los artículos 1594 y 1615 del Código Civil, es conclusión obligada que si alguno de los contratantes ha incumplido el otro no estará en mora, pues así lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, y por consiguiente el incumplido no puede reclamar perjuicios o la pena.

No otra cosa puede deducirse de las normas antes mencionadas que a la letra expresan:

“Artículo 1594. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal...”

“Artículo 1615. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.”

“Artículo 1609. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

4. En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación aparece demostrado que el demandante **HERNANDO OLMOS MILLÁN** incumplió el contrato de obra No. 089 de 1995 que celebró con el **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA** y lo que resulta extraño, por decir lo menos, es que el *a quo* no haya visto todas las probanzas que demuestran ese incumplimiento.

Y es que si se parte de las razones de hecho que trae el demandante para sustentar las pretensiones de nulidad de los actos administrativos acusados así como las pretensiones indemnizatorias (la falta de entrega de los planos y diseños de la obra, el no haberse determinado oportunamente la fuente para la extracción de los materiales y la fuerza mayor), se encuentra que la masa probatoria no las demuestran y, por el contrario, lo que ella enseña es que la conducta del contratista no se ajustó a lo previsto en el contrato.

4.1 En efecto, sobre la primera razón que aduce **HERNANDO OLMOS MILLÁN** para edificar sus pretensiones (la falta de entrega de los planos y diseños de la obra) se advierte que durante todo el decurso del plazo contractual nunca adujo ese motivo para justificar su exorbitante retraso, no obstante haberle enviado varias comunicaciones al Interventor en donde trata de explicar las causas de la demora sin que allí se mencione, como ya se dijo, que una de ellas sea la no entrega de los planos y diseños, argumento que sólo viene a aparecer al momento de presentar sus demandas.

Si se leen las comunicaciones de marzo 12 de 1996⁶ y mayo 27 de 1996⁷

⁶ Folios 16 y 17 del c. No. 1.

⁷ Folios 32, 33 y 34 del c. No. 1.

suscritas por **HERNANDO OLMOS MILLÁN** pidiendo la prórroga del contrato y justificando el retraso en la ejecución de la obra, se constata que la razón de la falta de planos y diseños no aparece por lado alguno y es obvio que si ésta lo fuera con toda seguridad allí estaría mencionada.

Y por supuesto que la mención de las labores de topografía que en comunicaciones del 28 de noviembre de 1995⁸ y del 12 de enero de 1996⁹ el Interventor le pide al contratista que adelante aceleradamente por ser de su cargo, jamás puede entenderse como falta de entrega de planos y diseños porque toda ejecución de una obra de la naturaleza contratada (pavimentación de una carretera) supone que una vez sobre el terreno se efectúen trabajos topográficos.

Pero aún más, lo que definitivamente echa por tierra la supuesta falta de entrega de planos y diseños es la misma cláusula vigésima tercera del contrato pues allí se expresa que *“dichos planos y especificaciones hacen parte del Contrato y se anexan al mismo”*,¹⁰ lo que significa que el contratista **OLMOS MILLÁN** al suscribir el documento que contiene el respectivo negocio jurídico acepta que los planos y diseños le fueron entregados pues hacían parte de él y se anexaban al mismo.

Si de hecho no se anexó ni se entregó ninguno, ésta circunstancia ha debido probarla el actor para desvirtuar la entrega que aceptó al firmar el documento que contiene el contrato pero el expediente está huérfano de la prueba de ese evento y su ocurrencia sólo se ha quedado en el mero dicho del demandante.

Ahora, téngase además en cuenta que esa misma cláusula también preveía que *“en cualquier momento durante la ejecución del contrato, **EL DEPARTAMENTO** podrá ordenar por conducto del Interventor, los cambios que considere necesarios tanto en los planos como en las especificaciones o en cualquiera de ellos”*¹¹ y por lo tanto las comunicaciones del Interventor de 22 de enero de 1996¹² y 15 de marzo de 1996¹³ lo que demuestran es que hubo entrega al contratista de planos y diseños, o de sus variaciones, tal como también se corrobora con lo que declara **HECTOR JULIO ALVARADO LUNA** al testimoniar que *“en lo referente a los planos en los pliegos de condiciones que suministró la entidad contratante al contratista hacía una descripción de la ubicación del proyecto en las condiciones técnicas del mismo y a la vez unas secciones transversales y dimensiones de la estructura del pavimento y del ancho de calzada. En cuanto a los diseños se le suministraban al contratista de acuerdo a las necesidades de la obra...”*¹⁴ y con lo que dice **NELSON RICARDO BELTRAN MOJICA** al declarar que *“los diseños fueron suministrados por la Interventoría en la ejecución de la obra, el ingeniero contratista inició los trazados preliminares...”*¹⁵

Así pues que definitivamente no es cierto que al contratista **HERNANDO OLMOS MILLÁN** no se le hayan entregado los planos y diseños que requería la ejecución de la obra y por ende se desvanece este motivo con el que el actor pretende justificar la inejecución de lo pactado y trasladar el incumplimiento a la entidad contratante.

⁸ Folio 6 del c. No. 1.

⁹ Folio 7 del c. No. 1.

¹⁰ Folio 256 del c. No. 2.

¹¹ Ibidem.

¹² Folio 8 del c. No. 1.

¹³ Folio 19 del c. No. 1.

¹⁴ Folio 414 del c. no. 1.

¹⁵ Folio 417 del c. No. 1.

4. 2. También dice el demandante, para justificar la inejecución de lo pactado y trasladar el incumplimiento a la entidad contratante, que la modificación de la especificación del sistema de pavimento significó un replanteamiento de las fuentes de materiales.

A lo anterior le añade el crudo invierno y el colapso del puente sobre el Río Sabandija.

Sea lo primero recordar que en la cláusula vigésima tercera del contrato 089 de 1995 las partes convinieron que *“en cualquier momento durante la ejecución del contrato, **EL DEPARTAMENTO** podrá ordenar por conducto del Interventor, los cambios que considere necesarios tanto en los planos como en las especificaciones o en cualquiera de ellos”*¹⁶ y por consiguiente el contratista sabía y aceptaba que las especificaciones podían ser modificadas, y entre ellas las atinentes a los materiales o sus fuentes, y por ende mal puede decirse que las modificaciones que se ordenaron implicaban una violación del contrato y un incumplimiento por parte de la entidad contratante.

Si bien el cambio en las especificaciones pudieron ocasionar algún retraso en la ejecución de la obra, lo cierto es que ya desde el 12 de enero de 1996¹⁷ el Interventor le estaba solicitando al contratista que vinculara a la obra al Ingeniero Residente, solicitud que reitera el 27 de febrero de 1996 agregándole la petición de incorporar los *“equipos suficientes en caso de que su propósito sea recuperar el atraso y cumplir en el plazo restante”*,¹⁸ a lo cual responde el contratista el 12 de marzo de 1996 con una solicitud de prórroga del contrato trayendo como razones el cambio de las especificaciones y el crudo invierno¹⁹ pero que la Interventoría, después de aceptar un posible retraso por estas circunstancias, contrarresta el 13 de marzo de 1996 en los siguientes términos. *“a la fecha su atraso en tiempo con relación a la inversión programada es de aproximadamente 2 meses, del cual solo se podrían justificar 30 días por las razones expuestas. Estamos de acuerdo con usted en que el invierno que prevalecerá durante el resto del semestre será un factor de atraso adicional en el futuro, mas no lo debe ser la modificación del item de pavimento, mezcla en vía por mezcla en planta, cuya organización ha debido adelantar en los meses que han transcurrido desde que tal modificación se pactó...conclimos entonces que: 1. Queda sin justificación un atraso de aproximadamente un (1) mes, imputable exclusivamente a su responsabilidad...deberá también vincular definitivamente y de tiempo completo al personal técnico mínimo requerido, Ingeniero Residente y Topógrafo.”*²⁰

De otro lado, el Interventor, en comunicación enviada el 8 de marzo de 1996 a la Secretaría de Transporte del Tolima,²¹ afirma que el incumplimiento parcial de la programación de la obra, la no vinculación oportuna del personal técnico y la no incorporación de la maquinaria y el equipo ofrecidos colocan al contratista en una situación que amerita la imposición de las sanciones previstas en su contrato.

El 2 de abril de 1996 el Interventor le comunica a la Secretaría de Tránsito del Tolima que *“ya es evidente que el Ing. **HERNANDO OLMOS MILLÁN**, responsable del contrato de la referencia, no terminará las obras a su cargo dentro del plazo pactado. Su atraso es imputable en mayor grado a sus propios*

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Folio 7 del c. no. 1.

¹⁸ Folio 9 del c. No. 1.

¹⁹ Folios 16 y 17 del c. No. 1.

²⁰ Folios 10 y 11 del c. No. 1.

²¹ Folio 14 del c. No. 1.

*problemas de funcionamiento y operación, lo cual amerita la imposición de las sanciones contempladas en el contrato y sugeridas a esa entidad por la Interventoría*²²

Esta apreciación concluyente del Interventor tiene su soporte y se corrobora con las múltiples comunicaciones que le envió al contratista poniéndole de presente la relación existente entre el plazo transcurrido, el valor invertido y la cantidad de obra ejecutada.

Así en carta del 27 de febrero de 1996 el Interventor le dice al contratista que la inversión a 28 de febrero de ese año no superará los 45 millones de pesos frente a los 120 millones programados, lo que significa que habiendo transcurrido el 50% del plazo contractual la ejecución de la obra no alcanza al 10% y que *“su capacidad instalada actual no permite suponer que logrará recuperar el atraso mencionado como tampoco cumplir con la programación para meses futuros...”*²³

En comunicación del 8 de abril de 1996 el Interventor le señala al contratista que la inversión durante el mes de marzo no supera los 6 millones de pesos lo que deja un acumulado de 49 millones de pesos frente a los 232 millones de pesos programados, lo que significa que ha ejecutado el 8.6% del valor de las obras en el 63% del plazo contractual.²⁴

El 6 de mayo de 1996 el Interventor le comunica al contratista que la inversión acumulada hasta el mes de abril de 1996 es de un poco más de 50 millones de pesos frente a los casi 331 millones de pesos programados, lo que significa que ha ejecutado el 8.87% de la obra contratada en el 75% del plazo contractual y concluye que en los dos meses que quedan deberá ejecutar 517.5 millones de pesos *“lo cual es imposible por la limitación de su capacidad operativa instalada y sobre todo por el poco interés que ha demostrado en la ejecución de las obras.”*²⁵

Finalmente el 14 de junio de 1996 el Interventor le dice al contratista que la inversión acumulada hasta el mes de mayo de 1996 es de 75.5 millones de pesos frente a los 418.1 millones de pesos programados, lo que significa que ha ejecutado el 13.3% del valor del contrato en el 88% del plazo contractual y que como resta un mes para vencerse el término pactado deberá ejecutar en este lapso de tiempo 492.5 millones de pesos, *“lo cual a todas luces le resultará imposible. Es decir, dentro de los términos originales del Contrato, ya no cumplirá.”*²⁶

Ahora, nótese que el colapso del puente sobre el Río Sabandija ocurrió el 11 de abril de 1996, según lo cuenta el Interventor en su comunicación del 12 de abril de ese año²⁷ y lo hace constar el Alcalde de Armero Guayabal,²⁸ y como quiera que para ese momento el incumplimiento del contratista ya era crónico y que se dio como vía alterna y de manera restringida el paso ehícular por el puente férreo, es conclusión obligada que este hecho de ninguna manera justifica al contratista por la inejecución de lo pactado.

Pues bien, en estas circunstancias la verdad que aflora en el expediente, tal como

²² Folio 20 del c. No. 1.

²³ Folio 9 del c. No. 1.

²⁴ Folio 12 del c. No. 1.

²⁵ Folio 24 del c. No. 1.

²⁶ Folio 41 del c. No. 1.

²⁷ Folio 23 del c. No. 1.

²⁸ Folio 42 del c. No. 1.

ya se dijo al comienzo de este numeral, es que el demandante no ha cumplido con las obligaciones a su cargo y que los hechos que trae para justificar la inejecución de la obra contratada, es decir la no entrega de los planos y diseños, el no haberse determinado oportunamente la fuente para la extracción de los materiales y la fuerza mayor consistente en el invierno y el colapso del puente sobre el Río Sabandija, no pueden ser admitidos como justificantes porque, como lo expresó reiteradamente el Interventor, *“su atraso es imputable en mayor grado a sus propios problemas de funcionamiento y operación”*

Habiendo incumplido sus obligaciones contractuales el contratista de una manera tal que afectó grave y directamente la ejecución del contrato e hizo evidente que ello conduciría a su paralización, es claro que la multa impuesta y la declaratoria de caducidad del contrato se ajustaron a la ley, máxime si se tiene en cuenta que esos actos contractuales se profirieron dentro del plazo contractual.

Siendo legal la declaratoria de caducidad del contrato, así como la imposición de la multa, se sigue que la liquidación unilateral del contrato también lo es ya que la ilicitud de ésta la hace consistir el actor en la nulidad de las resoluciones que declaran la caducidad del contrato.²⁹

Ahora, si el demandante no cumplió con lo suyo, el demandado no está en mora y por consiguiente aquel nada puede reclamar y mucho menos por concepto de perjuicios, tal como se desprende de lo preceptuado por los artículos 1609, 1594 y 1615 del Código Civil.

Como de ésta manera no lo vio y no lo decidió el *a quo*, la sentencia será revocada para en su lugar negar todas las pretensiones de todos los procesos acumulados.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada para en su lugar **NEGAR TODAS LAS PRETENSIONES** de todos los procesos acumulados.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado

²⁹ Folio 67 del c. No. 1 del expediente acumulado en donde se pide la nulidad de la liquidación del contrato.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente