

## **INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Carga de la prueba – Existencia de actos administrativos contractuales –**

De tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en considerar que en los eventos en que se demanda la declaratoria de incumplimiento contractual de una de las partes del negocio, **quien lo alega tiene la carga de acreditar que cumplió cabalmente las obligaciones a su cargo o que estando dispuesto a satisfacerlas le fue imposible ejecutarlas por causas imputables a su contraparte:**

‘Si bien conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato se constituye en ley para las partes y, por virtud del artículo 1494 ibídem en fuente de obligaciones, tales obligaciones, tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante. En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte del municipio, sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada’.

[...] Como excepción, quien debe demostrar que el demandante no cumplió sus obligaciones es el demandado. Ese es el sentido del artículo 1757 del Código Civil, según el cual, <<**Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta**>>. De manera similar, el inciso primero del artículo 167 de la carga de la prueba señala que corresponde a <<*las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*>>.



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN B**

**Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ**

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

**Expediente:** 25000-23-36-000-2015-01212-02 (67124)  
**Demandante:** Unión Temporal PTAP Sopó 2011  
**Demandado:** Empresa de Servicios Públicos de Sopó  
**Medio de control:** Controversias contractuales

**Temas:** Se debió declarar el incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante y liquidar judicialmente el contrato.

**Salvamento parcial de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz**

La sentencia de la que me aparto decide lo siguiente:

- (i) Declara la nulidad de los actos administrativos expedidos por Empresa de Servicios Públicos de Sopó (en adelante, “Emersopó”) en los que **(a)** declara que el contrato de obra No. 26 de 2011 (en adelante, el “Contrato”) adolecía de nulidad, **(b)** liquidó unilateralmente el Contrato y **(c)** hizo efectiva las garantías de anticipo e incumplimiento.
- (ii) Niega la pretensión de liquidación del contrato.
- (iii) Niega la pretensión relativa al incumplimiento de la parte contratante.
- (iv) Como consecuencia de lo anterior, niega las pretensiones de **(a)** indemnización de perjuicios y **(b)** que, a título de cláusula penal o multa, se ordenara que el contratista no debe devolver el anticipo.

1.- Estoy de acuerdo con la declaración de nulidad de los actos administrativos que declararon que el Contrato era nulo y que hicieron efectivas las garantías. Sin embargo, no comparto que no hubiese declarado el incumplimiento de la contratante, ni liquidado el contrato.

**A.- El incumplimiento de Emersopó**

2.- La sentencia de la que me aparto señala que el demandante <<no demostró su propio cumplimiento del contrato>>. No comparto esa postura por tres motivos.



3.- En primer lugar, la providencia se fundamenta en la siguiente postura jurisprudencial que ha sido reiterada en varias ocasiones:

<<“De tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en considerar que en los eventos en que se demanda la declaratoria de incumplimiento contractual de una de las partes del negocio, quien lo alega tiene la carga de acreditar que cumplió cabalmente las obligaciones a su cargo **o que estando dispuesto a satisfacerlas le fue imposible ejecutarlas por causas imputables a su contraparte (...)**<sup>1</sup>>><sup>2</sup>.

3.1.- Esta posición se deriva de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil que señalan que lo siguiente:

<<ARTICULO 1546. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso **de no cumplirse por uno de los contratantes** lo pactado.

Pero en tal caso podrá **el otro contratante** pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios>>.

<<ARTICULO 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>>.

3.2.- Interpretando ambas normas, la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente:

<<(…) Para estos efectos es pertinente memorar que en la órbita de los contratos sinalagmáticos, el buen suceso de la expresada súplica, derivada del artículo 1546 del Código Civil, exige, además de la presencia de un contrato bilateral válido, que el actor hubiese guardado fidelidad a sus obligaciones, esto es, cumplido o procurado cumplir los compromisos que del respectivo negocio jurídico dimanaban para él, al tiempo que es menester que la otra parte, por el contrario, no hubiese atendido los deberes de prestación establecidos a su cargo.

En razón de lo anterior, la Corte tiene dicho que “...*el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor ...*” (G. J. Tomo CLIX, págs. 309 y ss.)>><sup>3</sup>.

3.3.- La sentencia omite tener en cuenta que no siempre es necesario que el demandante demuestre el cumplimiento de sus obligaciones. También es posible que esté demostrado que se *allanó a cumplirlas* que estuvo dispuesto a hacerlo y que no pudo hacerlo por circunstancias imputables a la contratante. Esto, justamente, ocurre en este caso.

3.4.- En síntesis, ocurrió lo siguiente:

---

<sup>1</sup> Original de la cita: “Sección Tercera del Consejo de Estado, 24 de febrero de 2005. Exp. 14937, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”.

<sup>2</sup> Entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1º de febrero de 2018, exp. 40445, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2011, Referencia: 41001-31-03-001-2002-08463-01, M.P: Arturo Solarte Rodríguez.



- La ejecución del contrato inició **el 27 de mayo de 2011**. Sin embargo, desde agosto a diciembre de 2011 se presentaron problemas como consecuencia de la ola invernal y la imposibilidad de acceder materialmente al lugar de la obra.
- Sin perjuicio de esto, luego de que la interventoría lo recomendará, el **19 de diciembre de 2011** las partes acordaron que ampliar el plazo <<*debido a las inundaciones que se ha presentado por la emergencia invernal y el difícil acceso al predio (...) para culminar satisfactoriamente con la materialización del objeto contractual*>>.
- Cuatro días después, el **23 de diciembre de 2011**, las partes suspendieron de mutuo acuerdo el contrato porque <<*la temporada de lluvias presentada en el país con relación al fenómeno de la niña, ha dificultado el acceso a la obra*>>.
- El contrato se debió reanudar el 22 de enero de 2012. Sin embargo, la obra no continuó por actuaciones atribuibles a la contratante, como lo establece el informe final del interventor.

3.5.- Pese a lo anterior, el proyecto indica que, previo a la prórroga, el contratista <<*presentaba importantes atrasos y que, finalmente, los trabajos se paralizaron unilateralmente*>>. Con base en esto, plantea que no demostró el **cumplimiento** de sus obligaciones, por lo que no puede declarar el incumplimiento de Emersopó. Pero esto desconoce que, justamente, las partes habían consentido modificar el plazo del contrato para <<*culminar satisfactoriamente con la materialización del objeto contractual*>>. Y desconoce que el contrato no se reinició por causas imputables a la Contratante.

3.6.- No se tiene en cuenta que el contratista pretende que se declare el incumplimiento de Emersopó en relación con la reanudación del contrato —esto es, luego de la prórroga—. Y en este escenario no puede pedírsele que demuestre que estaba cumpliendo el contrato porque ambas partes lo habían suspendido y prorrogado. Lo determinante era analizar **(i)** si el contratista estaba dispuesto a continuar ejecutándolo y **(ii)** si ello no fue posible por causas atribuibles a la contratante. Ambos elementos están probados.

3.6.1.- Por una parte, está demostrado que, previo a la suspensión del contrato, el contratista pretendió ejecutarlo. Tan es así que invirtió el anticipo y adquirió varios materiales necesarios para ejecutar la obra. Incluso, está demostrado que desde 2012 no atendió solicitudes de suspensión de Emersopó que implicaban no ejecutar la obra: el Contrato se fundamentó en un convenio No. 13 de 2011 celebrado entre la contratante y las Empresas Públicas de Cundinamarca (en adelante el “Convenio”). Como el Convenio se suspendió, Emersopó pretendía que se paralizara la ejecución del Contrato. El contratista no aceptó esas propuestas de suspensión.



3.6.2.- Por otra parte, es claro que, a pesar de estar dispuesto a ejecutar el contrato, la entidad fue quien imposibilitó la ejecución contractual. En efecto, el informe final de la interventoría (citado en la sentencia) indicó lo siguiente:

<<Por otra parte, no fue posible reiniciar las actividades de obra el 22 de enero de 2012, **según lo establecido en la suspensión No. 1, debido a decisiones de la entidad contratante**>>.

4.- En segundo lugar, creo, además, que debe repensarse la postura de exigir al demandante demostrar que cumplió todas sus obligaciones. El fundamento de esta postura es el siguiente:

<<“De tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en considerar que en los eventos en que se demanda la declaratoria de incumplimiento contractual de una de las partes del negocio, **quien lo alega tiene la carga de acreditar que cumplió cabalmente las obligaciones a su cargo o que estando dispuesto a satisfacerlas le fue imposible ejecutarlas por causas imputables a su contraparte**.”>>

‘Si bien conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato se constituye en ley para las partes y, por virtud del artículo 1494 ibídem en fuente de obligaciones, tales obligaciones, tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante. En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte del municipio, sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada’.<sup>4>><sup>5</sup>.</sup>

5.- No comparto la anterior postura porque establecer esa carga de la prueba en el demandante no se deriva de los artículos 1494, 1602 o 1609 del Código Civil. Los dos primeros se refieren a la fuente de las obligaciones<sup>6</sup> y a que el contrato es ley para las partes<sup>7</sup>. El tercero, por su parte, señala lo siguiente:

<<ARTICULO 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>>.

<sup>4</sup> Original de la cita: “Sección Tercera del Consejo de Estado, 24 de febrero de 2005. Exp. 14937, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”.

<sup>5</sup> Entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1º de febrero de 2018, exp. 40445, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>6</sup> <<ARTÍCULO 1494. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia>>.

<sup>7</sup> <<ARTÍCULO 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales>>.



5.1.- La norma consagra la excepción de contrato no cumplido. Al respecto, el profesor Fernando Hinestrosa indica lo siguiente:

<<En materia de contratos bilaterales no existe incumplimiento de ninguna de las partes sino en cuanto la otra haya pagado lo que debía o se haya allanado a la solución (art. 1609 c. c.), o lo que es igual, **el demandado en resolución puede descargarse con la excepción non adimpleti contractus** que posterga la pretensión de su contraparte hasta que esta se coloque en condiciones de cobrar (...)>><sup>8</sup>.

<<(…) en los contratos de prestaciones correlativas -que el código denomina "bilaterales" ("cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente", art. 1496 c.c.)- adquiere contornos especiales, toda vez que delante del incumplimiento ajeno cada contratante puede optar por persistir en el cumplimiento tal cual de las obligaciones, con indemnización de perjuicios o demandar la resolución o, cuando se trate de contratos de ejecución sucesiva, la terminación, también con resarcimiento del daño (la denominada acción resolutoria de los arts. 1546 y 1930 c.c. y 870 c.co.), **con especial atención al comportamiento de quien toma la iniciativa (exceptio non adimpleti contractus o non rite adimpleti contractus: art. 1609 c.c.)**>><sup>9</sup>.

5.2.- De acuerdo con lo anterior, es necesario precisar dos asuntos: por una parte, es cierto que, para que surja la responsabilidad contractual, el demandante no debe ser el deudor incumplido. Por la otra, que no comparto, es que él deba demostrar que haya cumplido todas y cada una de las obligaciones contractuales a su cargo. En realidad, la forma de garantizar la regla sustancial es la consagración de la excepción de contrato no cumplido, en la que es al demandado al que le corresponde proponer la excepción y –en principio– demostrarla.

5.3.- Como excepción, quien debe demostrar que el demandante no cumplió sus obligaciones es el demandado. Ese es el sentido del artículo 1757 del Código Civil, según el cual, <<**Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta**>>. De manera similar, el inciso primero del artículo 167 de la carga de la prueba señala que corresponde a <<**las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen**>>.

6.- En tercer lugar, y relacionado con lo anterior, no comparto la valoración probatoria que se hace en el proyecto respecto: **(i)** la prueba de que el atraso era imputable al contratista; **(ii)** el alcance de sus obligaciones; y **(iii)** el estudio de las causas alegadas para el retraso.

7.- Uno, la sentencia indica que el contratista estaba atrasado antes de la prórroga por actuaciones imputables a él. Pero ello no está probado. Sobre este punto, la sentencia señala lo siguiente:

<<d) Aunque el **cronograma actualizado** que obra en el expediente es ilegible (fl. 74 cdno. 5), las precedentes **anotaciones de la interventoría** no dejan lugar a dudas

<sup>8</sup>Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones, Tomo II, Volumen II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 914.

<sup>9</sup>Hinestrosa, Fernando. Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. En: Revista de Derecho Privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5787/7620#toc>



respecto de que este presentaba importantes atrasos y que, finalmente, los trabajos se paralizaron unilateralmente por el contratista>>.

7.1.- Por una parte, el cronograma es ilegible. Y quien debía probar que el contratista no lo cumplió era la entidad Contratante. Ese documento debía ser la prueba determinante para poder determinar el atraso.

7.2.- Por la otra, se hicieron tres informes de la interventoría antes de la prórroga. Ninguno de ellos permite derivar que el atraso es imputable al contratista.

7.2.1.- El primero señala que el retraso es por causas no imputables a las partes, así:

<<El avance de las obras se ha visto afectado por dos factores fundamentales:

-La no existencia de un puente sobre el río Teusacá que permita el ingreso de materiales y personal, **dado que en desarrollo de la primera fase del proyecto, adjudicado a otro contratista**, el puente definitivo se encuentra en etapa de construcción. Al respecto el contratista se **compromete a construir un puente provisional en madera para el trasiego de material e ingreso del personal de obra.**

- **El incremento súbito del nivel del río que ha superado el nivel del jarillón** inundando la excavación de la bocatoma y arrastrando el material suelto hacia la misma>>

7.2.2.- En el segundo se indica que las causas son el aumento del río y que el puente provisional que asumió el contratista no permitía llevar los materiales a la obra:

<<Se presenta un avance total del proyecto de un 9% evidenciando atraso en la ejecución de las actividades de obra, debido a que el contratista **no ha tomado las medidas de mitigación frente al impacto generado por el aumento del nivel del río**, por lo cual se ha visto afectado el ingreso de materiales y personal a obra, el rendimiento en la ejecución de las actividades de obra y el cumplimiento del cronograma de actividades aprobado para la ejecución del contrato (...).

En el transcurso del mes de octubre de 2011 **se mantiene alto el nivel del río**, de acuerdo a lo reportado en el informe de interventoría de la última semana de septiembre de 2011, **manteniéndose inundada el área del dique construido por el contratista para el manejo de agua para construcción de la bocatoma.** Por lo anterior no se ejecuta ninguna actividad en la bocatoma evidenciando ningún tipo de avance en la excavación de esta estructura, con respecto al reporte del mes de septiembre.

(...)

En el transcurso del mes de octubre de 2011 el avance de las obras se ha visto afectado por los siguientes factores:

- El bajo rendimiento en el trasiego de materiales, debido a que este se hace con medios manuales (pala y carretillas), ya que **el contratista solo cuenta con el puente provisional en madera construido para este fin.** Se aclara que el rendimiento en el desarrollo en las actividades de obra es responsabilidad del contratista, el cual debe colocar los recursos necesarios para evitar retrasos en la ejecución del contrato.

- **El incremento súbito del nivel del río que ha superado el nivel del puente en madera construido para el trasiego de materiales>>.**



7.3.3.- El último informe reitera las causas anteriores. Incluso, plantea que el fenómeno de la niña continuaba y que las obras que había realizado el contratista para mitigarlo no permitían llevar materiales a la obra. Esto incluso, dio lugar que el contratista suspendiera el contrato unilateralmente:

<<A la fecha de cierre de este mes, en este se presenta un avance total del contrato del 9%, evidenciando un atraso en la ejecución del contrato. Se debe tener en cuenta que el contratista solo ejecutó actividades en obra los primeros nueve (9) días calendario del mes de noviembre, suspendiendo la obra en forma unilateral el día 10 de noviembre de 2011, sin contar con el aval de la interventoría. Esto se ve reflejado en el avance de obra para el mes de noviembre, período en el cual no se evidencia avance.

La interventoría hace aclaración en acta de reunión del 21 de noviembre de 2011, en la que participaron representantes de la U.T. PTAP Sopó 2011, EMERSOPÓ y Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., sobre la no aprobación a la suspensión unilateral por parte del contratista de las actividades de obra, considerando que es obligación y responsabilidad del contratista, **establecer los mecanismos que permitan el acceso de material a obra y por ende debe continuar con la ejecución normal del contrato.**” (fl. 82 cdno. 5 – se resalta)>>.

7.4.- Como se puede ver, los informes demuestran que el río había aumentado el nivel, al punto que inundó el puente provisional que el contratista había construido para poder acceder a la obra. Esto, sin embargo, no demuestra que los retrasos en la ejecución fueran imputables a él: indican que fueron causados por la ola invernal.

8.- No obstante, los informes sugieren que el contratista debía mitigar la ola y realizar todas las obras necesarias para poder acceder al lugar de la ejecución contractual. Esto, sin embargo, NO está probado. Sobre este punto, la sentencia señala lo siguiente:

<<6) **El contratista no acreditó que la contratante se hubiera obligado a garantizar las obras necesarias para garantizar el acceso a la zona de la obra y mitigar el impacto del caudal del río para la realización de los trabajos;** por el contrario, los **informes de la interventoría** en los cuales se le impuso al contratista garantizar el acceso de los materiales y del personal son indicativos de que esta era obligación del constructor quien se obligó a suministrar todos los materiales y el personal requerido, al tiempo que está probado que antes de la presentación **de la oferta realizó visita al sitio de los trabajos** (fl. 43 cdno. 4), el contratista conocía que las obras implicaban el manejo de aguas y se ejecutarían a la ribera del río Teusacá, por lo cual debió considerar en su ofrecimiento las condiciones de acceso al sitio de los trabajos. **También está probado, según los informes de la interventoría, que la construcción del dique para contener las aguas y construir la bocatoma era una actividad a cargo del contratista.**

7) De otro lado, no se aportó el pliego de condiciones para el contrato número 026 de 2011 y se desconoce si se expidió uno distinto para esta contratación (en el pliego de condiciones del **contrato 020 del mismo año** en el cual se contrataron los mismos trabajos se dispuso que los precios del contrato serían fijos y “el valor causado por transporte debe involucrarse en los precios de la oferta, lo mismo que todos los demás valores necesarios para la ejecución del contrato”, cd fl. 1 cdno. 1, pág. 39 archivo pliego de condiciones).

8) En los documentos precontractuales se encuentran los “estudios técnicos para la determinación de la cota de inundación en el río Teusacá, en la zona de influencia del





proyecto” y el “**proyecto diseño estructura puente de acceso a planta de tratamiento**” (cd fl. 1 cdno. 1) que permiten evidenciar que la entidad **contratante sí previó estas dos circunstancias durante la preparación del contrato, pero, no se probó que los niveles esperados de las cotas de inundación del río se hubieran superado para efectos de atribuirles a una situación imprevisible**; además, el informe de interventoría revela que fue el contratista quien **construyó el dique necesario para contener las aguas**. Tampoco hay prueba de que la entidad contratante hubiera asumido la obligación de construir el puente de acceso para que el contratista pudiera valerse de este para el ingreso de los materiales>>.

6.1.- De lo anterior, se puede observar que la prueba de la obligación del contratista se deriva de **(i)** que el demandante no demostró que Emersopó debiera hacer los trabajos; **(ii)** los informes de interventoría; **(iii)** la visita al lugar de la obra que el contratista hizo antes a la celebración del contrato; y **(iv)** un pliego de condiciones que NO es del contrato. Todo lo anterior es inadmisibile.

6.2.- No es posible aceptar que el contratista debía demostrar que la entidad había asumido realizar las obras de acceso al lugar de ejecución del Contrato y mitigar el impacto del crecimiento del río. Esto implica invertir la carga de la prueba: es la entidad quien debe demostrar que **(i)** ello correspondía al contratista y **(ii)** que éste no lo cumplió. Incluso, partiendo de la tesis según la cual el contratista debe demostrar el cumplimiento de sus obligaciones, quien debe demostrar que ello era una obligación del contratista sería Emersopó que es quien la está alegando.

6.3.- Los informes de interventoría NO pueden probar por sí mismos esas obligaciones. Entre otras cosas, porque dichos informes no contienen una transcripción de la supuesta obligación. Simplemente contienen la interpretación de ese tercero —contratado por la entidad contratante— sobre el alcance de lo pactado.

6.4.- La visita de campo tampoco implica que el contratista deba asumir realizar TODAS las obras relacionadas con la ejecución de la obra. Menos si, como indican los informes de interventoría, hubo una ola invernal. Reitero, el alcance de las obligaciones y de los riesgos asumidos depende de lo que pacten las partes: es irrazonable pretender que, porque el contratista haya ido al sitio de ejecución del futuro contrato —sin saber nada sobre las condiciones de la visita—, asume todas las actividades para ejecutar la obra.

6.5.- No es viable aplicar de un pliego de condiciones de otro contrato celebrado entre Emersopó y un tercero, como se sugiere al hacer referencia a lo previsto en el <<contrato 020 del mismo año>>. La sentencia de la que me aparto, además, plantea que hubo dos <<documentos precontractuales>> que sustentarían que el contratista debía realizar todas las obras necesarias para poder acceder al lugar de la ejecución contractual, incluyendo las que fueran necesarias para mitigar la ola invernal. No es claro si esos dos documentos son anexos al pliego del contrato que no es objeto de este proceso. Sin perjuicio de ello, el proyecto señala que esos documentos hacían referencia a <<“estudios técnicos para la determinación de la cota de inundación en el río Teusacá, en la zona de influencia del proyecto” y el “proyecto diseño estructura puente de acceso a planta de tratamiento”>>. Con estas pruebas, es claro que la entidad tuvo en cuenta



que podía haber una inundación y que incluso habría entregado un <<proyecto>> de diseño sobre la estructura del puente de acceso a la obra. Esto último, lejos de poder fundamentar al contratista, sería un indicio en contra de la entidad: si el puente se diseñó a una altura menor a la que el río creció, ello sería atribuible a la Emersopó. Sobre todo, porque no hay pruebas que indiquen que el puente provisional fue ejecutado en contravía del proyecto de diseño que *supuestamente* entregó la entidad.

7.- Finalmente, el proyecto no estudia cuidadosamente las causas alegadas por el contratante para justificar su retraso:

7.1.- No se valora adecuadamente que los informes de interventoría de manera reiterada indicaban que la ola invernal fue la causa de los retrasos en la ejecución. Esto, incluso, es aceptado por las partes en la prórroga celebrada de mutuo acuerdo.

7.2.- No se estudia si la imposibilidad de ejecución también es atribuible a la contratante. Particularmente, que no se tiene en cuenta que: (i) el Convenio en que se fundamentó el Contrato se suspendió y (ii) hubo problemas de planeación atribuibles a la entidad.

7.2.1.- Frente al primer asunto, la sentencia señala que en <<el **28 de diciembre de 2011** dicho convenio fue adicionado en recursos por la suma de \$532.802.057 por solicitud de esta última (fl. 1 cdno. 1 pág 1, archivo adicional 1 al conv. No. 013-2011), de donde se concluye que el convenio estaba vigente y en ejecución, mientras que el contratista de obra se encontraba en la demostrada situación de incumplimiento>>. Esto, sin embargo, no tiene en cuenta que, en esa fecha, el Contrato estaba suspendido: éste sólo se iba a reanudar en enero de 2012. Es más, esa postura es contradictoria con el análisis realizado por la misma sentencia en el apartado en que encuentra que hubo desviación de poder de uno de los actos administrativos demandados. Allí se señala que el gerente de Emersopó rindió un informe en el que reconoció que <<el contratista, durante la **vigencia 2012 – 2015, se negó a atender la solicitud de suspensión del contrato, solicitud presentada** en varias oportunidades por el contratante entre otras razones **por la suspensión del convenio 013 de 2011**>>.

7.2.2.- Frente al segundo, la sentencia señala que Emersopó sólo constató los problemas de planeación después de que el Contrato terminó. Esto, sin embargo, no está probado. Y, en todo caso, insisto que parece ser contradictorio con la decisión de declarar la nulidad por desviación de poder. En el marco del Convenio, se presentó el siguiente informe:

<<Respecto a los argumentos técnicos presentados por el Operador EMERSOPÓ S.A. E.S.P. en el sentido de que el proyecto técnicamente no es viable debo resumirlos en los siguientes puntos:

- 1) La fuente abastecedora Río Teusacá se seca.
- 2) Movimiento en masa sobre la estabilidad de los tanques para acueducto.
- 3) El puente de acceso a la PTAP no cuenta con los diseños técnicos necesarios para construir las obras de vialidad necesarias para que el puente cumpla con su función.
- 4) El lote de la planta de tratamiento se inunda de aguas lluvias.



Los argumentos fueron presentados por EMERSOPÓ S.A. E.S.P. **más de seis (6) meses después del inicio de actividades de obra y giro de anticipo**, pese a que es un proyecto que el mismo operador estructuró, diseñó, presentó, viabilizó ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial>>.

7.2.3.- Teniendo en cuenta que la obra inició en mayo de 2011, se puede deducir que los argumentos sobre los problemas de planeación se presentaron antes del vencimiento del Contrato. Éste finalizó un año después de iniciada la obra, pero de acuerdo con lo anterior, Emersopó sabía los problemas asociados a la planeación <<seis (6) meses después del inicio de actividades de obra y giro de anticipo>>.

8.- Lo anterior conllevaba declarar el incumplimiento de la contratante y, por ende, declararla responsable contractualmente. Sin embargo, aclaro que no daría lugar a acceder a las siguientes pretensiones de condena planteadas por el contratista:

<<CUARTA: Se ordene la no devolución de la suma de dinero dada como anticipo a título de pago de la cláusula penal pecuniaria o multa por incumplimiento del contrato de obra pública>>.

<<SEGUNDO (sic): CONDENAR a la demandada EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SOPÓ – EMERSOPÓ, en su condición de directamente responsable a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la UNIÓN TEMPORAL PTAP 2011; consistente en:

La suma de CUATROCIENTOS VIENTINUEVE MILLONES DIEZ MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$429.010.474) correspondientes al veinte por ciento (20%) del valor de obra que fue debidamente ejecutada por concepto de daño emergente o el mayor valor que resulte probado en el transcurso del proceso>>.

8.1.- A la primera, no se debe acceder porque no está demostrado que se haya pactado como <<cláusula penal pecuniaria>> o como <<multa>> que, en caso de incumplimiento de Emersopó, el contratista no debía amortizar el anticipo.

8.2.- A la segunda, porque está probado que el contratista perdió la utilidad que habría obtenido por ejecutar la obra. Sin embargo, la pretensión sólo se refiere a que se condene por <<concepto de daño emergente>>. Por esto, ese lucro cesante no puede ser reconocido, so pena de proferir una sentencia *extra petita*.

## **B.- La liquidación del Contrato**

9.- Luego de declarar la nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral, la Sala se abstiene de liquidar judicialmente el contrato porque <<no hay evidencia cierta y precisa de las cantidades de obra realmente ejecutadas para poder determinar su valor en términos de los precios unitarios acordado>>.

10.- Aclaro que comparto la nulidad del acto de liquidación demandado, pero por motivos diferentes:



10.1.- No es coherente indicar que el acto es nulo por falsa motivación porque el contratista sí ejecutó el contrato, pero que no se liquide el contrato porque no se evidencia la ejecución de las cantidades de obra. Si el demandante no demostró que ejecutó el contrato conforme a las previsiones contractuales, la supuesta ejecución contractual no podía fundamentar la falsa motivación. Por esto, para que el acto fuera nulo y que se reconociera un porcentaje en la liquidación, el demandante debía demostrar se le debía pagar el diez por ciento (10%) del contrato de acuerdo con las condiciones contractuales, y no lo hizo.

10.2.- Sin embargo, el acto es nulo porque adolece falsa motivación, pues el contratista no debía restituir el anticipo que no pudo amortizar. Ello, como se argumenta en el recurso de apelación, es atribuible a la entidad demandante. Ésta no podía exigir que devolviera un dinero que invirtió para ejecutar la obra, pero no pudo amortizar porque el Contrato no se reinició por <<decisiones de la entidad contratante>>.

11.- Teniendo en cuenta lo anterior, considero que se debió liquidar judicialmente el contrato. Y esta debió resultar en un paz y salvo entre las partes: ninguna se debe dinero. Por una parte, el contratista no podía devolver algo que no pudo amortizar por una conducta atribuible a Emersopó. Por la otra, ésta no debía reconocer un pago que no cumplió las condiciones contractuales.

Fecha *ut supra*,

Con firma electrónica  
**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
**Magistrado**