

CONTRATO ESTATAL - Multa. La imposición de las multas debe hacerse durante la vigencia del contrato / MULTA - Su imposición debe hacerse durante la vigencia del contrato

Las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo. (...) La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración. 2. La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa. Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues conllevan implícita una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración.” (...) Bajo el régimen del Decreto 222 de 1983 las partes de un determinado contrato estatal debían convenir que la administración pudiera imponer multas ante la mora o el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, potestad que debía ejercerse durante la vigencia del contrato con el propósito de constreñir al contratista al cumplimiento como una “medida coercitiva provisional.

FUENTE FORMAL: DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 71 / DECRETO 222 DE 1983 - ARTICULO 73

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2040 del 29 de noviembre de 2010. Y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2004, exp. 15936

CONTRATO ESTATAL - Multa: Definición / MULTA - Definición

Aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

CONTRATO ESTATAL - Multa. Función / MULTA - Función conminatoria. Diferencia con la cláusula penal / CLAUSULA PENAL - Función sancionatoria

La multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva

mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.

CESION DE DERECHOS - Contrato Estatal. Falta de legitimación en la causa por activa, demandante había cedido los derechos en el contrato Estatal / CONTRATO ESTATAL - Cesión de derechos en contrato Estatal

Para la Sala es claro que el Tribunal atina al declarar la falta de legitimación en la causa por activa de la demandante cuando pretende que se declare que la parte demandada incumplió el contrato No. 948 de 1989, pues si por medio del contrato de cesión celebrado el 30 de octubre de 1992 la aquí demandante cedió la totalidad de los derechos y de las obligaciones derivados del contrato cedido, no puede venir ahora a reclamar el reconocimiento de unos derechos derivados de una relación contractual en la que ya no ostenta la calidad de parte contratante. Adicionalmente a lo anterior, de las pruebas allegadas al plenario no aparece demostrado el incumplimiento del demandado y en el hipotético caso de que apareciera, la única legitimada para aducir tal pretensión sería la sociedad Concay Ltda., la cual es quien, en sustitución de la aquí demandante, ostenta ahora la posición de parte en el Contrato No. 948 de 1989. En conclusión, teniendo en cuenta que por virtud del contrato de cesión de posición contractual que celebraron la demandante y la sociedad Concay S.A., aquella no tiene ya la calidad de parte contratante dentro del contrato al que se hace mención y por ende no se encuentra legitimada en la causa por activa para demandar la declaratoria de incumplimiento por el demandado y las consecuentes indemnizaciones, circunstancia que impone la negativa de las pretensiones deprecadas en la demanda radicada bajo el No. 9826 y como así lo resolvió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada será confirmada en éste punto.

ACTO ADMINISTRATIVO - Falsa motivación. Declaratoria de incumplimiento parcial del contrato Estatal

El demandado tampoco incurrió en falsa motivación pues con las pruebas allegadas se demuestra el incumplimiento de las obligaciones de la demandante en cuanto a la señalización temporal de las vías y a la disponibilidad de los equipos requeridos para la realización de las obras objeto del contrato. (...) En efecto, el incumplimiento de la obligación de señalización temporal de las vías por parte de la demandante se vio acreditado (...) De otro lado, el incumplimiento de la contratista de su obligación de disponer de los equipos necesarios para la realización de las obras se encuentra demostrado (...) En conclusión, el demandado tampoco incurrió en falsa motivación al proferir los actos administrativos demandados, pues fundó su decisión en hechos debidamente acreditados que ponían de presente el incumplimiento de la contratista, así como también en las normas jurídicas aplicables al asunto.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del consejero Enrique Gil Botero. A la fecha esta relatoría no cuenta con el medio físico ni con el medio magnético de dicha aclaración.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875)

Actor: INGENIERIA CIVIL VIAS Y ALCANTARILLADOS - INCIVIAL S.A.

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de junio de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se declara probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y se niegan las súplicas de la demanda.

I.ANTECEDENTES

1. Lo Pretendido

1.1. Demanda Expediente No. 9826.

El 7 de marzo de 2004¹ la **Sociedad Ingeniería Civil Vías y Alcantarillados-Incivial S.A.-** presentó demanda contra el **Fondo Vial Nacional**, hoy **Invias**-solicitando que se declarara que éste incumplió el contrato No. 948 del 29 de diciembre de 1989 y los contratos adicionales No. 129 del 14 de marzo de 1991 y No. 244 del 10 de abril de 1992.

Pide como consecuencia de las anteriores declaraciones que se condene al demandado a la suma de \$651.895.899.95 por perjuicios derivados del desconocimiento del factor de expansión o compactación; a la sumas de \$659.307.205.92 y de \$2.319.231.213.37 por fijar precios unitarios inferiores a los señalados por la interventoría; a la suma de \$374.134.171.77 por tener que realizar

¹ Folios 61 a 147 del c. No. 4.

obras adicionales de rehabilitación y habilitación de las vías de acceso; a la suma de \$ 171.834.958.11 por sobre costos en el transporte de materiales pétreos; a la suma de \$221.455.266.22, a título de reajuste de las actas pendientes de reconocimiento y pago; a la suma de \$1.750.266.844.52, por “insuficiencia” e “inmovilización” de la maquinaria; y a la suma de \$1.436.310.960.98 por “ineficiencia de la administración (personal del contratista)”.

Estima la cuantía del proceso en \$7.584.436.520.

1.1.1. Demanda Expediente No. 9998.

El 9 de junio de 1994² -**Incivial S.A.**- nuevamente presentó demanda contra el **Invias**- solicitando que se declarara la nulidad de las Resoluciones No. 13066 del 28 de octubre de 1992 y No. 15137 del 28 de octubre de 1993, proferidas por el representante legal de éste y mediante las cuales se declaró el incumplimiento parcial del contrato No. 948 de 1989 por no disponer de los equipos necesarios para la realización de las obras, se le impuso una multa por valor de \$77.099.200.00 y, se resolvió el correspondiente recurso de reposición interpuesto.

Solicita en consecuencia que se declare que no incurrió en incumplimiento parcial del contrato, que no está obligada a pagar suma alguna por concepto de la multa impuesta y que se condene al demandado a cancelar los costos en que deba incurrir por el otorgamiento de caución para evitar el eventual recaudo forzoso de la multa.

Estima la cuantía por un valor de \$77.099.200.00.

1.1.2. Demanda Expediente No. 10.098.

El 3 de agosto de 1994³ -**Incivial S.A.**- nuevamente presentó demanda contra el **Invias**- solicitando que se declarara la nulidad de las Resoluciones No. 13065 del 28 de octubre de 1992 y No. 15133 del 28 de octubre de 1993, proferidas por el representante legal de éste y mediante las cuales se declaró el incumplimiento parcial del contrato No. 948 de 1989 por falta de señalización, se le impuso una multa por valor de \$35.020.170.00, y se resolvió el correspondiente recurso de reposición interpuesto contra la primera.

² Folios 98 a 170 del c. No. 3.

³ Folios 41 a 94 del c. No. 2.

Solicita en consecuencia que se declare que no incurrió en incumplimiento parcial del contrato, que no está obligada a pagar suma alguna por concepto de la multa impuesta y que se condene al demandado al pago del valor de los costos en que deba incurrir por el otorgamiento de caución para evitar el eventual recaudo forzoso de la multa.

Estima la cuantía por un valor de \$35.020.170.00

2. Los Hechos en que se fundamentan las pretensiones.

2.1. Hechos comunes a las demandas.

En diciembre de 1989 el demandado dio apertura a la convocatoria pública No. 003 para contratar por el sistema de precios unitarios la pavimentación de las vías K57+000 – K81+000 de la carretera Puerto Boyacá- La Lizama, convocatoria a la que presentó propuesta la demandante.

Por medio de la Resolución No. 17882 del 29 de diciembre de 1989 se le adjudicó el contrato a Incivial S.A., misma fecha en la que se celebró entre ésta y el demandado el contrato No. 948 de 1989, en el que se reprodujo el objeto señalado en la convocatoria.

El término de duración inicial del contrato se fijó en 12 meses contados a partir de su perfeccionamiento, es decir, desde el 17 de abril de 1990 y el valor total del contrato se acordó en \$972.782.500.00.

Dicho plazo se prorrogó por medio del contrato adicional No. 129 del 14 de marzo de 1991 hasta el 16 de abril de 1992 y mediante el contrato No. 244 del 10 de abril de 1992 hasta el 30 de octubre de 1992.

Mediante las Resoluciones No. 13065 y 13066 del 28 de octubre de 1992 el Ministerio de obras Públicas y Transporte declaró el incumplimiento parcial del contrato No. 948 de 1989 señalando que la demandante no había cumplido su obligación de señalización de la zona de ejecución de las obras y por no disponer de los equipos requeridos para su realización y le impuso multas por valor de \$ 35.020.170.00 y de \$77.099.200.00., respectivamente.

Contra las Resoluciones en mención se instauraron los recursos de reposición siendo resueltos por medio de las Resoluciones No. 15133 y 15037 del 28 de octubre de 1993 en el sentido de confirmarlas en todas y cada una de sus partes.

Aduce que el incumplimiento del demandado se concreta en no realizar las obras previas para iniciar la ejecución de las obras; no decidir oportunamente sobre los cambios en el programa de inversiones, en el diseño del pavimento, en las fuentes de materiales pétreos, en las cantidades de obra y los recursos adicionales del contrato; fijar precios unitarios inferiores a los acordados y señalados por la interventoría; no adoptar las medidas necesarias para el manejo de la situación de perturbación de orden público que se presentaba en la zona; no reconocer las obras adicionales de habilitación y rehabilitación de las vías en favor de la comunidad ni los sobrecostos por transporte de materiales, ni tampoco los intereses y ajustes a las actas parciales dejadas de cancelar.

Como cargos de nulidad de las Resoluciones impugnadas señala la falta de competencia de la administración por extralimitación en el ejercicio de sus funciones, uso indebido de las facultades sancionadoras y falsa motivación.

El 30 de octubre de 1992 se celebró entre la demandante y la Sociedad Construcciones Carrillo Caycedo Ltda. Concaj Ltda. el contrato de cesión No. 728, por virtud del cual aquella cedió en favor de ésta la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del contrato No. 948 de 1989 y sus adicionales No. 129 de 1991 y 244 de 1992, previa autorización del demandado.

2.2. Hechos no mencionados en la demanda y que son relevantes para el caso.

El contrato principal No. 948 del 29 de diciembre de 1989 se adicionó en plazo y cuantía por los contratos No. 1086 del 31 de diciembre de 1992, adicional No. 4; el No. 579 del 16 de julio de 1993, adicional No. 5; el No. 890 del 10 de noviembre de 1993, adicional No. 6 y por el cual se prorrogó el plazo de ejecución del contrato hasta el 31 de julio de 1994; y el No. 425 del 28 de julio de 1994, adicional No. 7 y por el cual se prorrogó el plazo de ejecución del contrato hasta el 31 de octubre de 1994.

3. El trámite procesal.

Admitidas⁴ que fueron las demandas y noticiado el demandado de los autos admisorios, los asuntos se fijaron en lista y el accionado sólo le dio respuesta a la demanda Radicada con el No. 10.098 oponiéndose a las pretensiones formuladas. Por medio proveído del 28 de julio de 1995⁵ se ordenó la acumulación procesal de las demandas instauradas y posteriormente se llevó a cabo una audiencia de conciliación cuyo acuerdo fue improbadado por el Tribunal Administrativo de Santander⁶.

Después de decretar y practicar pruebas se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por las partes.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 25 de junio de 2004 el Tribunal Administrativo de Santander declaró como probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y negó las súplicas de la demanda.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Inicia su argumentación el Tribunal haciendo mención del contrato de cesión No. 728 del 30 de octubre de 1992, celebrado entre la demandante y la Sociedad Construcciones Carrillo Caycedo Ltda. – Concay Ltda-, para concluir que aquella no tenía legitimación en la causa por activa para reclamar indemnización alguna frente a Invias, pues por virtud de dicho contrato había cedido la totalidad de derechos y obligaciones derivados de la ejecución y cumplimiento del contrato principal No. 948 de 1989 en favor de Concay Ltda., única legitimada para presentar pretensiones indemnizatorias.

Señala que de las probanzas allegadas se encontraba demostrado que la firma cesionaria, Concay Ltda era la que se había visto beneficiada con la suscripción de

⁴ Folios 167 a 168 del c. No. 4, Exp. 9826; Folios 199 a 200 del c. No. 3, Exp. 9998 y Folios 113 y 114 del c. No. 2, Exp. 10.098.

⁵ Folios 462 a 464 del c. No. 4.

⁶ Providencia del 28 de octubre de 1999, Folios 224 a 244 del c. No. 5.

los otros contratos adicionales en tiempo y en valor al contrato principal No. 948 de 1989, que permitieron el cumplimiento del objeto contractual.

Al pronunciarse sobre la legalidad de las Resoluciones No. 13065 y 13066 del 28 de octubre de 1992 y No. 15133 y 15037 del 28 de octubre de 1993, proferidas por el Ministerio de obras Públicas y Transporte, concluye que éstas no son ilegales, pues de las probanzas allegadas se encontraban acreditados los fundamentos de hecho para su expedición, esto es, el incumplimiento en que incurrió la demandante por la no señalización de la zona de ejecución de las obras y por no disponer del equipo requerido para su realización, razones que impedían la denegatoria de las pretensiones impetradas en las demandas radicadas bajo los No. 9998 y 10.098.

Afirma que las Resoluciones impugnadas tampoco son extemporáneas, pues se expedieron previamente a la celebración del contrato de cesión entre la demandante y la firma Concay Ltda.

En lo relativo al reconocimiento de las obras adicionales construidas en favor de la comunidad manifiesta que no hay lugar a su reconocimiento, teniendo en cuenta que su realización no se encontraba prevista en el objeto principal del contrato de obra celebrado, por lo que no implicaban una mayor cantidad de obra y su ejecución era responsabilidad exclusiva del contratista.

Por último precisa que la acción contractual no es la procedente a efectos de obtener el reconocimiento de los costos por la realización de las obras adicionales referidas y que en todo caso era la firma cesionaria, Concay Ltda. la legitimada para reclamarlos.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la parte demandante interpuso el recurso de apelación por estimar que el Tribunal de instancia había proferido un fallo en equidad y había incurrido en error de juzgamiento.

Afirma la recurrente que el Tribunal no le otorgó el efecto jurídico pretendido por las partes a la cláusula 3ª del contrato de cesión celebrado entre ésta y la sociedad Concay Ltda., pues por medio de ésta se había reservado los derechos

derivados del contrato No. 948 de 1989 hasta la fecha en que aquel se celebró, derechos que eran ajenos e independientes a los que en adelante adquirió y ejerció la firma cesionaria, razón por la cual sí se encontraba legitimada en la causa por activa para reclamar su reconocimiento.

Señala que el Tribunal no tuvo en cuenta ni las pretensiones elevadas en la demanda indemnizatoria radicada bajo el No. 9826, ni las pruebas allegadas, ni la actuación de las partes a lo largo del proceso para pronunciarse sobre la nulidad de las resoluciones impugnadas, circunstancia ésta que se veía reflejada en la deficiente argumentación en la que incurrió para declarar su legalidad.

Manifiesta que para que el Tribunal declarara el incumplimiento por la no disponibilidad de los equipos necesarios para la realización de las obras no tuvo en cuenta las circunstancias que rodearon la ejecución del contrato y precisa que la decisión de ejecutar obras conjuntamente con la sociedad Conic., perteneciente a su mismo grupo empresarial había sido una decisión estratégica aceptada por el demandante para evitar contratiempos y perjuicios en su ejecución.

Dice que la declaratoria de incumplimiento por falta de señalización no tiene fundamento legal afirmando que si bien la instalada fue censurada "*tardíamente*" por el interventor, por medio de ésta se dio cumplimiento a las finalidades de prevención al no haberse presentado accidentes en el área de ejecución de las obras.

Por último, señala que el demandado al manifestar su intención de conciliar con la parte actora y al alegar de conclusión también reconoció sus errores en la conducción y ejecución del contrato celebrado.

Con base en lo anterior, el apelante solicita que se revoque la decisión y en su lugar se reconozcan las súplicas de la demanda y se condene al demandado.

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. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, por lo que teniendo en cuenta que el contrato No. 948 que dio lugar a esta cuestión litigiosa fue celebrado el 29 de diciembre de 1989, le son aplicables los mandatos previstos en el Decreto No. 222 de 1983.

2. Del artículo 887 del Código de Comercio se desprende que la cesión de la posición contractual es un contrato en virtud del cual una de las partes de un determinado contrato, ya sea de ejecución sucesiva o instantánea, transfiere a un tercero, total o parcialmente, los derechos y las obligaciones derivados de una relación contractual.

Se denomina cedente al sujeto que cede o transfiere en todo o en parte los derechos y las obligaciones derivadas de la relación contractual, cesionario a quién sustituye al cedente en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y contratante cedido al otro contratante que sigue siendo parte de la relación contractual cedida y que no lo es de la cesión.

Ahora, si bien el contrato de cesión produce efectos jurídicos entre el cedente y el cesionario desde el mismo momento de su celebración, frente al contratante cedido y a los terceros sólo los produce a partir de la notificación o aceptación de la cesión.

Por esto es que se afirma que un tercero puede ocupar la posición de uno de los contratantes iniciales mediante la denominada "*cesión de la posición contractual*", o más escuetamente *cesión de contrato*," que consiste fundamentalmente en que se trasladan al tercero el conjunto de derechos y obligaciones que estaban a favor y a cargo de la parte contractual que es sustituida.

Por consiguiente la cesión de la posición contractual es un fenómeno propio de los contratos sinalagmáticos o de prestaciones correlativas ya que si se trata de un contrato unilateral bien puede encausarse el asunto por la vía de la cesión del crédito o de la asunción de la deuda, según sea el caso.

En este sentido la doctrina precisa que "*en cambio, cuando lo que se cede (o asume) es un contrato, el punto de partida es la presencia de uno o varios créditos*

y otras tantas obligaciones, entrelazadas en términos de correlatividad y consideradas, tratadas y dispuestas como una unidad, o sea: el objeto de la operación es el traspaso simultáneo de unos créditos y de las obligaciones recíprocas, surgidos a una de un mismo contrato, por parte de uno de los contratantes a un tercero, esto es, en últimas, la transferencia de una posición o relación contractual, cuyo resultado es la sustitución de una de las partes (acreedora-deudora).”⁷

Corolario de todo lo anterior es que si la cesión de la posición contractual es total, el cesionario es ahora la parte de la relación contractual cedida y por lo tanto el cedente deja de serlo, con las salvedades que pueden hacerse en torno a la responsabilidad de este.

3. Sobre el incumplimiento contractual ésta Subsección ha expresado:

“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.

⁷ F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 526.

Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento”⁸ y esta situación, por regla general,⁹ no da lugar a la responsabilidad civil.¹⁰

(...) 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 irremediablemente 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

⁸ F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237

⁹ 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

¹⁰ Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibidem.

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 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 irremediablemente condenada al fracaso.

(...) 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.”¹¹.

4. La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2013, Expediente 25131; Sentencia del 26 de marzo de 2014, Expediente 26831.

apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.

Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo.

En lo relativo a la imposición de multas en contratos estatales ésta Corporación ha señalado:

“(…)

1. La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración.

2. La obligación que nace de la multa es el pago de una obligación dineraria liquidada en el respectivo acto. Esta obligación de pagar una suma de dinero es distinta (adicional) de las obligaciones contractuales propiamente dichas, pues representa una carga adicional originada en una situación de incumplimiento, por la que el contratista debe responder. Así, el contratista sigue obligado a cumplir el contrato, pero además, si es multado, debe pagar al Estado la suma de dinero correspondiente a la multa.

Por tanto, las multas y su cumplimiento no pueden ser neutras o favorables al contratista, pues conllevan implícita una consecuencia desfavorable para él, derivada de la situación de incumplimiento en que se ha puesto. Si no fuera así, la multa no cumpliría su función de apremio, pues al contratista le podría ser indiferente cumplir o no sus obligaciones para con la Administración.”¹².

Bajo el régimen del Decreto 222 de 1983 las partes de un determinado contrato estatal debían convenir que la administración pudiera imponer multas ante la mora o el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, potestad que debía

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2040 del 29 de noviembre de 2010.

ejercerse durante la vigencia del contrato con el propósito de constreñir al contratista al cumplimiento como una “*medida coercitiva provisional*.”¹³

Esta potestad se derivaba de lo previsto en los artículos 71 y 73 de dicho estatuto contractual, los cuales señalaban:

“Art. 71.- De la cláusula sobre multas.

En los contratos deberá incluirse la facultad de la entidad contratante para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el art. 64 de este estatuto. (...)

Art. 73.- De la aplicación de las multas y de la cláusula penal.

El valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria a que se refieren los arts. Anteriores ingresarán al tesoro de la entidad contratante y podrá ser tomado, directamente del saldo a favor del contratista, si lo hubiere, o de la garantía constituida, (...)”

Ahora, en lo relativo al límite temporal de la administración para declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato e imponer las multas respectivas, la Sección Tercera de ésta corporación ha señalado:

“(…)

(iii) Se prevé que sólo podrá adoptarse [las multas como medida coercitiva] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, lo cual significa que, además que se encuentra prevista para incumplimientos parciales y no totales, procede siempre que el contratista no haya satisfecho a cabalidad sus prestaciones, toda vez que su finalidad es la de garantizar el cumplimiento cabal y oportuno de un contrato constriñendo al contratista a su ejecución en caso de mora o retardo.

Quiere decir lo anterior que, una vez vencido el plazo de ejecución, cesa la aludida facultad, de suerte que su aplicación extemporánea, o sea, la inobservancia de este límite temporal, hace anulable el acto respectivo, al presentarse una forma de incompetencia por razón del tiempo (ratione temporis).

Por consiguiente, para la viabilidad de la imposición de las multas, resulta necesario que no se haya vencido el plazo de ejecución o decretado la caducidad del contrato, pues, se precisa, ellas no tienen una naturaleza indemnizatoria sino compulsiva por cuanto sirven para apremiar o conminar al contratista a cumplir el contrato, lo que

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004, Exp. 15.936.

*implica que deben ser aplicadas durante el término fijado por las partes para su cumplimiento en tiempo oportuno y no cuando ese período ha expirado o extinguido en forma anormal*¹⁴.

Así las cosas, es claro que la administración, en vigencia del Decreto 222 de 1983, tenía la competencia para declarar el incumplimiento parcial del contrato e imponer multas como una medida coercitiva para constreñir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando no hubiera vencido el plazo de ejecución del objeto contractual.

5. En lo relativo a la nulidad de los actos administrativos por falsa motivación, esta Corporación ha dicho:

*“La falsa motivación o falsedad del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que (...) se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública*¹⁵.

(...)

*Según lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación, esta causal de anulación de los actos administrativos se puede manifestar mediante un error de hecho, o a través de un error de derecho. El error de hecho se presenta cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que debía soportar su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo modo y lugar, trayendo como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido. Por otra parte, también se incurre en falsa motivación por error de derecho, esto es, cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, este caso se puede presentar por: i) inexistencia de las normas en que se basó la Administración; ii) ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y finalmente iii) cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas*¹⁶.

6. En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación aparece que entre la demandante y el demandado se celebró el contrato de obra No. 948 del 29 de diciembre de 1989, por virtud del cual aquella se obligó frente a éste a ejecutar por el sistema de precios unitarios la pavimentación del sector k57+100 – k81+100 de la carretera Puerto Boyacá – La Lizama. (Fols. 150 a 153 del c. No. 4 de pruebas).

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Expediente No. 17.936.

¹⁵ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 399 y ss.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de marzo de 2013, Exp. 22.523.

En la **Cláusula Cuarta** del contrato las partes acordaron que el contratista se obligaba a iniciar la ejecución de las obras dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su perfeccionamiento y a ejecutarlas completamente dentro de los 12 meses siguientes a éste (Fol. 150, revés del c. No. 4).

Por su parte, mediante la **Cláusula Décima** se acordó que harían parte integral del contrato referido las disposiciones previstas en las Resoluciones No. 12409 del 30 diciembre de 1986 y No. 11500 del 28 de septiembre de 1989 (Fol. 152, revés del c. No. 4).

Por medio del contrato No. 129 del 14 de marzo de 1991 y adicional No. 1 al contrato principal No. 948 de 1989, las partes acordaron prorrogar el plazo de ejecución del objeto del contrato hasta el 16 de abril de 1992 (Fol. 154 del c. No. 4 pruebas).

Posteriormente, mediante el contrato No. 244 del 10 de abril de 1992 y adicional No. 2 al contrato principal No. 948 de 1989, las partes acordaron prorrogar nuevamente el plazo de ejecución del objeto del contrato hasta el 30 de octubre de 1992 (Fol. 155 del c. No. 4 pruebas).

Previa solicitud presentada por la demandante, mediante memorando No. ST-665 del 28 de octubre de 1992 el Secretario Técnico del Ministerio de obras Públicas y Transporte consideró viable la cesión del contrato No. 948 de 1989 en favor de la firma Concay Ltda., haciendo énfasis en que para evitar los problemas presentados con la demandante, la cesionaria debía disponer del equipo necesario para la realización de las obras (Fols. 301 a 303 del c. No.3).

El 30 de octubre de 1992 se celebró entre la demandante y la Sociedad Construcciones Carrillo Caycedo Ltda. Concay Ltda. el contrato de cesión No. 728, por virtud del cual aquella cedió en favor de ésta la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del contrato No. 948 de 1989 y sus adicionales No. 129 de 1991 y 244 de 1992 (Fols. 156 y 157 del c. No. 4).

El la **Cláusula Segunda** de dicho contrato el cesionario aceptó la cesión subrogando al cedente en todos sus derechos y obligaciones ante el demandado

“con excepción de los embargos, multas o sanciones” que a la fecha de celebración del contrato se le hubieran impuesto (Fol. 156, revés, del c. No. 4)

A su vez, por medio de la **Cláusula Tercera**, las partes acordaron que el cedente se reservaba los derechos y respondía *“por los embargos multas o sanciones que se le hayan impuesto hasta la fecha de la presente cesión”* (Fol. 156, revés, del c. No. 4).

El contrato principal No. 948 del 29 de diciembre de 1989 se adicionó en plazo y cuantía por los contratos No. 1086 del 31 de diciembre de 1992 adicional No. 4 (Fols. 28 a 30 del c. No. 13); el No. 579 del 16 de julio de 1993, adicional No. 5 (Fols. 24 a 26 del c. No. 13); el No. 890 del 10 de noviembre de 1993, adicional No. 6 y por el cual se prorrogó el plazo de ejecución del contrato hasta el 31 de julio de 1994 (Fols. 20 a 22 del c. No. 13); y el No. 425 del 28 de julio de 1994, adicional No. 7 y por el cual se prorrogó el plazo de ejecución del contrato hasta el 31 de octubre de 1994 (Fols. 12 y 13 del c. No. 13).

Así las cosas, se tiene que el vencimiento del plazo de ejecución del contrato No. 948 del 29 de diciembre de 1989 que dio lugar al presente litigio, se extendió hasta el 31 de octubre de 1994.

6.1. Incumplimiento de la contratista y Actos Administrativos demandados.

El 28 de octubre de 1992 el Ministerio de Obras Públicas y transporte profirió la Resolución No. 13065, por medio de la cual declaró el incumplimiento parcial del Contrato No. 948 de 1989 e impuso una multa por valor de \$35.020.170.00, argumentando que pesé a que la contratista había sido requerida en diversas ocasiones para que cumpliera su obligación de señalización temporal de las vías, ésta no había dado cumplimiento a la misma, lo cual daba lugar a la imposición de multas pecuniarias conforme a lo previsto en el artículo 71 del Decreto 222 de 1983 y a la Resolución No. 12409 del 30 de diciembre de 1986¹⁷, de acuerdo con los montos establecidos en la Resolución No. 11500 del 28 de septiembre de 1989, documentos que hacían parte integral del contrato celebrado (Fols. 12 a 15 del c. No. 2).

Contra dicha Resolución la demandante instauró el recurso de reposición (Fols. 16 a 26 del c. No. 2, el cual se resolvió por medio de la Resolución No. 15133 del 28

¹⁷ “Por la cual se establecen las cláusulas generales del contrato de obra pública a precios Unitarios”

de octubre de 1993 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes (Fols. 27 a 31 del c. No. 2).

Por medio de la Resolución No. 13066 del 28 de octubre de 1992 el Ministerio de Obras Públicas y transporte declaró el incumplimiento parcial del Contrato No. 948 de 1989 e impuso una multa por valor de \$77.099.200.00, argumentando que mediante varios oficios la interventoría había puesto de presente la falta de disponibilidad en la obra de los equipos propuestos por la contratista, que los disponibles funcionaban con varias interrupciones y algunos eran compartidos con los equipos disponibles para la ejecución del contrato No. 937/89, generando una situación desfavorable para el demandado en la ejecución de las obras, razones por la cuales impone la multa referida con fundamento en el artículo 71 del Decreto 222 de 1983 y la Resolución No. 12409 del 30 de diciembre de 1986,¹⁸ de acuerdo con los montos establecidos en la Resolución No. 11500 del 28 de septiembre de 1989, documentos que hacían parte integral del contrato celebrado (Fols. 17 a 19 del c. No. 3)

Contra dicha Resolución la demandante instauró el recurso de reposición (Fols. 28 a 43 del c. No. 3), el cual se resolvió por medio de la Resolución No. 15137 del 28 de octubre de 1993 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes (Fols. 174 a 179 del c. No. 2).

6.2 Pues bien, para la Sala es claro que el Tribunal atina al declarar la falta de legitimación en la causa por activa de la demandante cuando pretende que se declare que la parte demandada incumplió el contrato No. 948 de 1989, pues si por medio del contrato de cesión celebrado el 30 de octubre de 1992 la aquí demandante cedió la totalidad de los derechos y de las obligaciones derivados del contrato cedido, no puede venir ahora a reclamar el reconocimiento de unos derechos derivados de una relación contractual en la que ya no ostenta la calidad de parte contratante.

Adicionalmente a lo anterior, de las pruebas allegadas al plenario no aparece demostrado el incumplimiento del demandado y en el hipotético caso de que apareciera, la única legitimada para aducir tal pretensión sería la sociedad Conca y Ltda., la cual es quien, en sustitución de la aquí demandante, ostenta ahora la posición de parte en el Contrato No. 948 de 1989.

¹⁸ “Por la cual se establecen las cláusulas generales del contrato de obra pública a precios Unitarios”

En conclusión, teniendo en cuenta que por virtud del contrato de cesión de posición contractual que celebraron la demandante y la sociedad Conca y S.A., aquella no tiene ya la calidad de parte contratante dentro del contrato al que se hace mención y por ende no se encuentra legitimada en la causa por activa para demandar la declaratoria de incumplimiento por el demandado y las consecuentes indemnizaciones, circunstancia que impone la negativa de las pretensiones deprecadas en la demanda radicada bajo el No. 9826 y como así lo resolvió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada será confirmada en éste punto.

6.3. En lo relativo a los cargos de nulidad alegados por el actor frente a las Resoluciones No. 13066 y la No. 13065 del 28 de octubre de 1992, así como de las Resoluciones confirmatorias No. 15137 y la No. 15133, que se encuentran formulados respectivamente en las demandas acumuladas números 9998 y 10098, la Sala considera que ninguno de ellos estaba llamado a prosperar, tal como se pasa a exponer:

En primer lugar, no existía falta de competencia de la administración para expedir las Resoluciones referidas, pues teniendo en cuenta que el contrato No. 948 de 1989 se celebró en vigencia del Decreto 222 de 1983, el demandado tenía la facultad de declarar unilateralmente el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y de imponer las multas necesarias para conminarlo al cumplimiento, máxime si se tiene en cuenta que ello se hizo estando vigente la ejecución del contrato ya que el plazo contractual finalmente habría de vencer el 31 de octubre de 1994.

Por otra parte, el demandado tampoco incurrió en falsa motivación pues con las pruebas allegadas se demuestra el incumplimiento de las obligaciones de la demandante en cuanto a la señalización temporal de las vías y a la disponibilidad de los equipos requeridos para la realización de las obras objeto del contrato.

En efecto, el incumplimiento de la obligación de señalización temporal de las vías por parte de la demandante se vio acreditado por medio de los Oficios No. 146T262 del 24 de agosto de 1991 (Fol. 286 del c. No. 4), No- 146T053 del 20 de febrero de 1992 (Fol. 287 del c. No. 4) y el No. 146T138 del 27 de abril de 1992 (Fol. 288 del c. No. 4), por medio de los cuales la contratista fue requerida por la sociedad interventora para que diera cumplimiento a su obligación, requerimientos que no fueron observados por ésta.

De otro lado, el incumplimiento de la contratista de su obligación de disponer de los equipos necesarios para la realización de las obras se encuentra demostrado por medio de Oficios No. 01361 del 22 de julio de 1992 (Fol. 375 del c. No. 4) y el No. 01449 del 31 de julio de 1992 (Fols. 378 y 379 del c. No. 4), mediante los cuales la sociedad interventora puso de presente la deficiencia en la disponibilidad de los equipos para la ejecución de las obras y el funcionamiento irregular de los disponibles; así como también las protestas del personal de trabajo por el no pago de sus salarios.

En conclusión, el demandado tampoco incurrió en falsa motivación al proferir los actos administrativos demandados, pues fundó su decisión en hechos debidamente acreditados que ponían de presente el incumplimiento de la contratista, así como también en las normas jurídicas aplicables al asunto.

En síntesis, para la Sala es claro que no prosperan ninguno de los cargos de nulidad elevados por la actora frente a los actos administrativos demandados, pues las pruebas allegadas permiten acreditar que sí hubo un incumplimiento por parte de la contratista en el contrato No. 948/89 y que la entidad contratante era competente para así declararlo e imponer las multas respectivas.

Siendo así las cosas, se imponía un fallo denegatorio de las pretensiones presentadas en las demandas radicadas bajo los Radicados No. 9998 y No. 10089 y como así lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada también será confirmada en éste punto.

Luego, la sentencia apelada será confirmada en su totalidad.

Finalmente, y habida cuenta de que hay una orden de embargo de los derechos que pudieran ser reconocidos en favor de la demandante Incivial S.A. dentro del proceso No. 10098, se ordenará oficiar al Juzgado Laboral del Circuito de Barrancabermeja para enterarlo de esta decisión.

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 de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: OFICIAR al Juzgado Laboral del Circuito de Barrancabermeja para enterarlo de esta decisión, habida cuenta de que hay una orden de embargo de los derechos que pudieran ser reconocidos en favor de la demandante Incivial S.A. dentro del proceso No. 10098.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de Origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente
Aclaró voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado ponente