

ACCION CONTRACTUAL - Segunda instancia / SEGUNDA INSTANCIA - Competencia del Consejo de Estado / RECURSO DE APELACION - Interpuesto por las partes / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - Inaplicación / RECURSO DE APELACION - En segunda instancia solo se resolverán los puntos que fueron objeto de apelación

El a quo accedió parcialmente a las súplicas del proceso, de manera que la parte demandada apeló la decisión, para que se revoque. Por su lado, la parte actora discutió la necesidad de revocar la decisión en relación con los aspectos enumerados en el punto 4.1.2. de esta providencia, de manera que a ella se circunscribirá el estudio de su inconformidad. Se hace esta precisión porque la ley procesal establece que cuando ambas partes apelan una sentencia no opera el principio de la no reformatio in pejus, es decir, que en los asuntos cuestionados se puede decidir en contra de cualquiera de las partes, modificando, sin limitaciones, la decisión de primera instancia. En este sentido, establece el art. 357 del CPC.: "... Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones." No obstante, debe quedar claro -desde ahora- que en todo caso la competencia de la Sala se circunscribirá a los aspectos o temas apelados, es decir -según acontece en el proceso-, que de la infinidad de pretensiones que hicieron parte de la demanda - algunas de las cuales concedió el a quo- la Sala sólo se ocupará de revisar los aspectos que fueron objeto de inconformidad en el recurso de apelación. Por ende, lo que la parte no planteó como motivo de diferencia con el a quo no será revisado en la segunda instancia. Esta conclusión se apoya en el párrafo primero del art. 352 del CPC., que establece: "El apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo, a más tardar dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360, so pena de que se declare desierto. Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia." En este horizonte, la Sala no estudiará los aspectos de inconformidad que la parte actora introdujo en los alegatos de conclusión en esta instancia, sino sólo los que planteó cuando sustentó el recurso de apelación -así hubiera sido de manera sucinta-, y que quedaron identificados en el numeral 4.1.2. Los demás temas o decisiones, aunque le hayan sido desfavorables, no los apeló ni los sustentó, de manera que se entiende que quedó conforme con la decisión que se adoptó sobre ellos, actitud que es perfectamente posible, cuando la providencia convence a la parte que litiga sobre la suerte de sus pretensiones, decisión que se apoya en las pruebas del proceso y en las razones que esgrime el juez para resolver las reclamaciones.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 352 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357

ACCION CONTRACTUAL - Ejecución de la prestación / EJECUCION DE LA PRESTACION - Consecuencias jurídicas / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL - Inexistencia / CONTRATO - Requisitos / REQUISITOS DEL CONTRATO - Ausencia

Las consecuencias jurídicas de ejecutar una prestación -sea una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que estándolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes problemas jurídicos que ha afrontado la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido, sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la

entidad pública que se beneficia con la prestación. Este es el contexto en el que la Sala analizará los aspectos apelados, teniendo como premisa que la ejecución extracontractual de las prestaciones constituye la base de la mayoría de las reclamaciones que realiza.

CONTRATO ESTATAL - Ejecución de obras extras / EJECUCION DE OBRAS EXTRAS - Contrato adicional / CONTRATO ADICIONAL - Inexistencia / CONTRATO - Ley para las partes / CONTRATO - No puede alterarse por la interpretación que una parte haga de sus obligaciones / ADICION O SUPRESION UNILATERAL DEL CONTRATO - Prohibición / ADICION O SUPRESION UNILATERAL DEL CONTRATO - Salvedad. Ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral del contrato

La Sala observa que el actor no demostró que la entidad pública haya propiciado, insinuado o exhortado al contratista a que adelantara las obras no pactadas en el contrato, de manera que por este sólo aspecto la sentencia apelada tendrá que modificarse, porque el a quo condenó al pago de una parte de estos trabajos, sin que estuviera acreditado que la entidad sugiriera su ejecución. (...) el actor justificó la ejecución de estos trabajos en la razón técnica de que se trataba de "obras indispensables" para el desarrollo del contrato. Sin embargo, la Sala debe recordar que el principio con el cual se cumplen las obligaciones de un negocio jurídico es aquél que dispone que las partes quedan forzadas a cumplir los acuerdos en los términos en que fueron establecidos, y que nadie está forzado a ejecutar una prestación distinta, de la misma manera que no es posible exigir más de lo acordado, ni entregar menos de lo pactado, porque esto se convierte en ley para las partes. Esta circunstancia no tiene por qué alterarse con la interpretación que una parte haga de sus obligaciones –salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral, cuando proceda-, en aquellos casos en que considera que lo acordado es insuficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones. No cabe duda que para hacerlo se necesita llegar a un nuevo acuerdo de voluntades, que autorice exigir de la otra parte el cumplimiento de nuevas prestaciones. En estos términos, a ninguna parte le es permitido adicionar o suprimir el alcance de las obligaciones –se insiste, salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral-, so pretexto de ejecutar las suyas, e imponer a la otra la carga de recibir un pago menor o la de hacer uno mayor, según el caso, porque desconocería el acuerdo de voluntades que comprometía al otro a actuar en un sentido distinto.

CONTRATO ESTATAL - IDU. Aníbal Franco Gómez / CONTRATO ESTATAL - Liquidación unilateral del contrato / LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Adición y ejecución de obras extras // ADICION Y EJECUCION DE OBRAS EXTRAS - Deben estar pactadas / ADICION O SUPRESION UNILATERAL DEL CONTRATO - Prohibición / ADICION DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS - Nuevo acuerdo de las partes / ADICION DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS - Contrato adicional / TEORIA FUNDAMENTAL DE LAS OBLIGACIONES - Noción. Definición. Concepto / CONTRATO ADICIONAL - Inexistencia

Cuando el alcance de lo acordado parece insuficiente -en criterio de la parte que debe ejecutarlo-, y considera que de verdad se necesita adicionar las obligaciones iniciales, en todo caso debe lograr un nuevo acuerdo, para que surja la obligación que considera indispensable para el cumplimiento efectivo de la obligación inicial. Si la parte no actúa de este modo, y en su lugar ejecuta, unilateralmente, las prestaciones adicionales, con la esperanza de que le sean retribuidas, incurre en

el error de creer que su conducta crea obligaciones para los demás, por bien intencionadas y útiles que sean las prestaciones que realizó. El tema es de teoría fundamental de las obligaciones: en los contratos se requiere el acuerdo de voluntades para comprometerse y adquirir obligaciones exigibles de los demás. Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que no está demostrado que el IDU hubiera consentido la ejecución de las mayores cantidades de obras, y el hecho de que admita -incluso ahora- que se ejecutaron, no significa que las haya autorizado cuando debía. De la misma manera, la circunstancia de haber estudiado la posibilidad jurídica y financiera de reconocerlas, no significa que las haya consentido en el momento en que se ejecutaron. Y es que el contratista -se insiste, salvo insinuación demostrada de la entidad- no puede actuar unilateralmente y crear obligaciones económicas para el Estado, que requerían de un contrato previo. De ser así, los acuerdos no se necesitarían para que las obligaciones nacieran en el derecho. En estos términos, resulta injustificado el comportamiento del contratista, quien estando advertido por el IDU de que los valores que excedieran el monto del contrato inicial no estaba dispuesto a pagarlos, en todo caso los excedió casi en el 50% -según su valoración de las obras adicionales- y le presentó las facturas de cobro con la esperanza de que se le cancelaran. Entre otras cosas, la Sala echa de menos la prueba de la participación culpable de la entidad en la instrucción o petición al contratista para que ejecutara algunos trabajos que estaban por fuera de lo acordado. El actor debió demostrar esto en el proceso. Por el contrario, lo único que está probado es que la entidad le pidió, rotundamente, que no excediera el valor del contrato, no obstante lo hizo. (...) la parte actora echa de menos que la interventoría no se opuso a la ejecución del contrato -lo que intenta usar para mostrar que de esta manera también autorizó los trabajos-, porque en realidad se trata de una perspectiva equivocada en la manera de analizar el problema: lo que el contratista necesitaba era una autorización para ejecutar las obras, no que el interventor no se opusiera a ellas, además de que en ahora no puede dejarse de lado la carta donde se indicó que no se excediera del valor del contrato

CONTRATO ESTATAL - Obligaciones del Interventor / CONTRATO ESTATAL - Prohibiciones del Interventor

El Interventor toleró la ejecución de trabajos adicionales, y que no se opuso a ellos, y que de esta manera se acredita la incidencia culpable del IDU en los hechos. Sin embargo, esta perspectiva de análisis exige una precisión para desvirtuar el esfuerzo de imputar a la entidad la responsabilidad de los hechos: en primer lugar, que está claro que un interventor no tiene la posibilidad de modificar las obligaciones de un contrato, porque su obligación dentro de él se reduce a inspeccionar el cumplimiento de las obligaciones técnicas pactadas inicialmente - cláusula 11 del contrato; y en segundo lugar, porque el contrato sólo puede adicionarse mediante la suscripción de otro, donde las partes iniciales acuerdan el nuevo alcance de las obligaciones; lo que no sucedió en el caso concreto. Todo esto al ratifica en su testimonio el interventor de la obra, ingeniero Jorge Alberto Pineda, que no admite haber consentido la ampliación del alcance del contrato, y que por el contrario le aclaró al contratista que no podía exceder su valor. Por el contrario, sólo se encuentra demostrado que al contratista se le advirtió que no excediera el valor inicial, no obstante lo hizo, apoyado en la idea de que las obras ejecutadas eran "indispensables", lo que no discute la Sala, porque perfectamente lo eran, sólo que eso no autoriza comprometer al contratante en sumas que superan las que acordó con el contratista. Sencillamente, a éste le faltó el cuidado mínimo para no realizar más obras de las que estaba obligado a construir, o por lo menos en montos que excedían los del valor inicial.

CONTRATO ESTATAL - Teoría del enriquecimiento sin causa / TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - No se configuró

A diferencia de otros eventos, donde esta Sección ha condenado al Estado a pagar perjuicios de esta naturaleza, por configurarse la teoría del enriquecimiento sin causa, el caso sub iudice difiere sustancialmente, porque se encuentra demostrado que el contratista ejecutó trabajos que excedieron el valor pactado, a pesar de que con anticipación se le advirtió que no incurriera en esa situación, no obstante lo cual lo hizo, y debe entenderse que bajo su responsabilidad.

CONTRATO ESTATAL - Retención de la garantía / CONTRATO ESTATAL - Mayores costos de la garantía / RETENCION DE LA GARANTIA - Diferente a mayores costos de la garantía

La parte actora también apeló porque, en su criterio, la sentencia confundió la pretensión relacionada con “la retención de la garantía”, con lo que la providencia denominó “mayores costos de la garantía”. Aquella, que se reclamó en la demanda, consiste en una retención que hizo la entidad estatal, equivalente al 3% sobre el valor de las actas de pago, y que no se le regresó al actor con la liquidación del contrato, debiendo hacerlo. La Sala encuentra que el a quo, efectivamente, apreció y valoró equivocadamente este aspecto, porque incurrió en la confusión que señala el apelante. Para entender el alcance de la inconformidad hay que indicar que el fundamento de la reclamación se halla en la cláusula 4 del contrato, que dispone, sobre la “Forma de pago”, que: i) se dará un anticipo del 30%, ii) y el saldo restante mediante actas mensuales de obra, de las que se amortizaría el valor del anticipo, además de que se descontará: “... el tres por ciento (3%) en calidad de retención, como garantía adicional, el cual será cancelado una vez quede en firme la liquidación del contrato, se hayan constituido y aprobado las garantías respectivas y haya sido presentado la cartilla de conservación de la obra.” En estos términos, el apelante afirma que sí se le retuvo este porcentaje en cada acta de pago, pero que no se lo regresaron cuando el IDU liquidó unilateralmente el contrato. La Sala encuentra que en la resolución No. 524 del 17 de octubre de 1991, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato, el IDU hace contar que el valor del mismo fue de \$33'174.542, pero sumados los reajustes ascendió a \$37'905.432, y que el anticipo entregado - \$9'971.599,50- se amortizó totalmente. Ahora bien, agrega que: “La cuenta No. 6 de recibo de obra por valor de \$1'137.164.00 corresponde a la devolución de la garantía adicional del 3% retenidos en la cuentas número (...)” En estos términos, se observa que la suma citada corresponde, exactamente, al porcentaje pactado como “garantía adicional”, y también entiende que el IDU reconoce su valor y que esta suma pertenece al contratista, a la que tenía derecho por ejecutar los trabajos, sólo que las partes acordaron que el contratante la podía retener, aplazando su entrega, hasta la terminación del negocio, con la finalidad de que cumpliera la función de garantía de la ejecución. Sin duda, se trata de una protección adicional a la que ya se había acordado con la constitución de las pólizas –cláusula 13-, pero en todo caso posible cuando las partes acuerdan este tipo de aseguramientos por el cumplimiento de las obligaciones. En este horizonte, lo que el actor reclama es la devolución de lo que la entidad manifiesta deber y además que el contratista facturó por medio de la “cuenta No. 6”, que por cierto no obra en el expediente.

CONTRATO ESTATAL - Actas de obra / ACTAS DE OBRA - Mora en el pago / MORA EN EL PAGO - Prueba / MORA EN EL PAGO - Ausencia de prueba

En forma francamente confusa también apeló el actor la decisión del a quo señalando que no analizó las actas de obra, fechas y valores “que indican la existencia y veracidad de otros hechos”, lo que en un esfuerzo por garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal la Sala entenderá que alude a la negación de la pretensión del pago de intereses de mora de las actas de obra. No se necesita mayor esfuerzo para rechazar esta pretensión, y confirmar la sentencia, porque no hay prueba de la mora, a sabiendas de que estaba a cargo de la parte que la reclama. De hecho, en el expediente sólo obran algunas “Actas de recibo de obra” –ni siquiera todas- pero se desconoce la fecha del pago y si se cumplieron o no los requisitos para hacerlo. Entre otras cosas, el dictamen pericial, indispensable para analizar este aspecto técnico-jurídico, señaló que “el valor solicitado, no lo podemos calcular porque no pudimos conseguir los certificados de pago ni los índices para el cálculo de los reajustes del IDU, estos documentos le fueron solicitados al demandante en varias ocasiones, pero no fue posible que atendiera nuestra petición”. En estos, por falta de prueba de los hechos, se confirmará esta decisión de la sentencia apelada.

CONTRATO ESTATAL - Liquidación unilateral / CONTRATO ESTATAL Terminación / TERMINACION DEL CONTRATO - Suspensión indefinida. Suspensión excesiva / SUSPENSION INDEFINIDA DEL CONTRATO - Desinterés de las partes / LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Facultades exorbitantes / LIQUIDACION UNILATERAL DEL CONTRATO - Oportunidad. Término

El actor también cuestionó la facultad que tenía el IDU de liquidar unilateralmente el contrato, tendido en cuenta que no se cumplían las condiciones para hacerlo, concretamente: la legalización de los precios de las obras extras y la suspensión del plazo, y por eso actuó con falsa motivación. En este mismo sentido, alega que es espurio que el plazo hubiera vencido el 2 de mayo de 1990 –como dice la resolución No. 524-, porque en realidad estaba suspendido, de manera que seguía vigente. Observa la Sala que hay varios hechos confusos al rededor de este aspecto, lo que propicia su litigiosidad. De un lado, que la cláusula vigésima reguló la “suspensión del contrato”, y estableció que cuando se presentaran circunstancias de fuerza mayor o de caso fortuito las partes podían suspenderlo, (...) Aplicada la lógica de esta providencia al caso concreto, y valorada la actitud de las partes del negocio, la Sala entiende que el contrato de obra No. 105 de 1.989 terminó, atendiendo a la actitud de desidia asumida por el contratante y el contratista, pues nunca tuvieron la intención de reanudarlo, por falta de acuerdo sobre varios problemas que fueron los que, finalmente, trajeron ante esta jurisdicción. De manera que resultaría irracional mantener eternamente suspendido el negocio jurídico, como parece sugerirlo el actor, porque esta actitud no consulta la realidad del comportamiento de las partes. Entre otras cosas, a diferencias del caso citado –donde se demostró la intención de los contratantes de reanudar el negocio, aun mucho tiempo después de su suspensión- en este ninguna parte cambió su actitud, de manera que esta jurisdicción, interpretada la actitud de ellos, considera que el contrato había terminado, mucho antes de su liquidación unilateral, y por esa razón era posible que la entidad lo finiquitara, pues para esos efectos fue que la ley le asignó a las entidades estatales la facultad exorbitante de actuar de este modo, cuando no es posible llegar a un acuerdo con el contratista, quien perfectamente habría dejado este contrato en una indefinición eterna, que contradice el interés general que está llamado a defender la entidad estatal. En conclusión, el IDU liquidó el contrato estando autorizado para ello, porque la lectura que hizo de las razones de hecho y de derecho que lo justificaban se corresponden con el interés general que lo autorizaba para que obrara de esa manera.

NOTA DE RELATORIA: Sobre consecuencias de la suspensión indefinida del contrato, consultar sentencia de 24 de enero de 2011, exp. 16492.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D. C., octubre diez y nueve (19) de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082)

Actor: ANIBAL FRANCO GOMEZ

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO-IDU-

Referencia: CONTRACTUAL

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el siete de octubre de 1.999, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -fls. 615 a 632, cdno. ppal.-, mediante la cual resolvió:

“1°. Declarar la nulidad parcial de la resolución No. 524 de 17 de octubre de 1991, por medio de la cual se liquidó el contrato de obra pública No. 105 de 1989 celebrado por Anibal Franco Gómez con el Instituto de Desarrollo Urbano ‘IDU’

“2°. Declarar que el Instituto de Desarrollo Urbano ‘IDU’, incumplió el contrato No. 105 de 1989 suscrito con Anibal Franco Gómez.

“3°. Condenar al Instituto de Desarrollo Urbano ‘IDU’ a pagar la suma de... (\$24'720.046), por concepto de obra indispensable ejecutada.

“3°. (sic) Negar las demás pretensiones de la demanda por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.”

ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se formularon las siguientes –fls. 2 a 6, cdno. 1-: i) que se declare la nulidad de los arts. 1 a 5 de la resolución No. 524 de 1991, por medio de la cual el IDU liquidó unilateralmente el contrato No. 105 de 1989, así como del acto que resolvió el recurso de reposición; ii) que se declare que el IDU incumplió el

contrato No. 105 de 1989, iii) que se condene al IDU a pagar al actor: a) \$510.000 por concepto de reajuste del anticipo; b) \$14'576.318 por las obras ejecutadas, más un 10% por recargo por el acceso difícil al sitio de las obras, con el reajuste contractual; c) \$230.000 mensuales, durante 9 meses, por servicio de vigilancia de la obra; d) \$1'137.164 por la devolución de la garantía adicional; e) intereses de mora sobre las cuentas de cobro No. 1, 2, 2R, 3, 3R, 4, 4R, 5 y 5R; f) costos y gastos de administración según el AIU del contrato; g) el lucro cesante y el daño emergente ocasionado por el endoso de las cuentas por pagar de los contratos; h) el lucro cesante y el daño emergente ocasionado por la adquisición de materiales que no se usaron en la obra, debido a su supresión; i) costo de transporte de los materiales que no se usaron en la obra, debido a la supresión; j) disminución por pérdida y daño de los materiales no utilizados debido a la supresión de la obra; k) perjuicios económicos derivados de la imposibilidad de adquirir nuevos contratos; l) perjuicios económicos derivados de la venta e hipoteca de bienes del contratista; y m) perjuicios morales.

1.2. Los hechos

Como fundamento de las súplicas de la demanda se narraron los siguientes –no en forma ordenada por cierto-: El IDU liquidó unilateralmente el contrato No. 105 de 1989, mediante la resolución No. 524 de 1.991, contra la cual se interpuso el recurso de reposición, pero no fue resuelto.

La resolución citada indicó que el contrato se terminó el 2 de mayo de 1990, pero no es cierto, porque con posterioridad la entidad trató de resolver el problema relacionado con los precios de algunas obras ejecutadas. Además, el 11 de julio de 1991 el IDU manifestó que el contrato estaba suspendido, lo que denota que seguía vigente.

También calificó de falsas las imputaciones según las cuales el contratista se negó a entregarle las obras a la entidad, a suscribir las actas y a prorrogar la garantía. De hecho, el IDU no legalizó el pago de las “obras indispensables” que ejecutó en forma adicional. Incluso, afirmó que “el Instituto no ordenó por escrito al contratista, abstenerse de ejecutar determinado ítem o labor” –fl. 11, cdno. 1-. No obstante, estas actividades adicionales se realizaron en desarrollo del contrato No. 105 de 1989, e incluso el interventor las aprobó, sin embargo, el IDU no adelantó el trámite administrativo necesario para pagarlas.

De otro lado, el contratista adquirió algunos materiales que no pudo instalar –por valor de \$1'837.630-, porque el IDU suprimió parte de la obra, haciéndolo incurrir, además, en gastos de transporte y en la creación de desperdicios del material por los daños producidos durante la movilización.

Del mismo modo, sostiene que incurrió en gastos adicionales de vigilancia de la obra, porque la entidad no la recibió a tiempo.

Finalmente, considera que estos hechos le ocasionaron otros daños, como son: a) la cancelación de varias cuentas corrientes que tenía a su nombre, g) gastos y costos ocasionados por el endoso de las cuentas de los contratos que no se cancelaron oportunamente; d) la necesidad de vender un vehículo, f) la hipoteca de un apartamento suyo, con el pago de los intereses correspondientes; g) sobregiros en los bancos, y el pago de los intereses correspondientes; h) la venta del derecho de propiedad sobre un lote de terreno ubicado en el municipio de

Armenia, y i) otras deudas que adquirió como consecuencia del incumplimiento del IDU del contrato No. 105 de 1989.

2. Contestación de la demanda

El IDU se opuso a las pretensiones. Aceptó que el contrato se liquidó de manera unilateral, pero debido a la negligencia del contratista en participar de esa actividad. También sostuvo que el plazo del contrato venció el 2 de mayo de 1990, como lo expresa el acto administrativo de liquidación.

De otro lado, ratificó que el contratista no entregó las obras, y que la entidad no las recibió, porque no se ajustaban a las exigencias de la entidad –por problemas de calidad y defectos de construcción-.

En relación con las obras extras que ejecutó el contratista –denominadas por el actor “obras indispensables”-, sostuvo que no debió hacerlas sin la autorización de la entidad, porque ni siquiera existe una orden del interventor.

En relación con el cobro del servicio de celaduría, manifestó que el IDU, mientras no se entregara la obra, no podía hacerse cargo de su cuidado –fls. 264 a 271, cdno. 1-.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Alegatos de la parte actora –fls. 433 a 162-. Reiteró que ejecutó obras no contempladas en el contrato –pero necesarias para su cumplimiento- con la complacencia del interventor, quien en lugar de oponerse a su realización le dio trámite a la solicitud de fijación de precios para pagarlas. Claro está que nunca se cancelaron.

Agregó que las suspensiones del plazo del contrato, así como su adición, obedecieron a la necesidad de que la entidad definiera el valor de los trabajos realizados, lo que finalmente hizo de manera imperfecta, incumpliendo su obligación contractual.

3.2. Alegatos del IDU –fls. 426 a 429, cdno. 1-. Reiteró que el contratista ejecutó trabajos no autorizados por el, ni por el interventor, y que por eso no tiene obligación de pagar. Además, la calidad de lo ejecutado no cumplió las especificaciones técnicas, y por eso no se recibió la obra.

3.3. El Ministerio Público no emitió concepto.

4. La sentencia de primera instancia

Mediante providencia del 17 de octubre de 1999, el *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda: declaró la nulidad parcial de la resolución No. 524 de 1991, declaró el incumplimiento del contrato No. 105 de 1989, por parte del IDU, y ordenó pagarle al actor la suma de \$24'720.046 –ya actualizada-, por concepto de las obras ejecutadas y no pagadas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Encontró acreditada la existencia del contrato, así como el inicio de la ejecución y la suspensión del mismo, en varias oportunidades. Manifestó que no se demostró que la entidad estatal hubiera modificado unilateralmente las obras que debían

ejecutarse, en particular, el adoquinamiento del parqueadero ni la cubierta con teja acrílica.

Halló acreditado que el IDU negó el pago de las obras extras, y que también liquidó unilateralmente el contrato. No obstante, concluyó que debía declararse el incumplimiento, por parte del IDU, porque no canceló las obras ejecutadas, sabiendo que eran necesarias para el desarrollo del proyecto -fl. 628, cdno. 1-. Este valor, actualizado, ascendió a \$24'720.046.

No obstante, negó el pago de los siguientes conceptos: reajustes del anticipo, porque nada justifica cancelarlo; pago de la celaduría, porque el contratista se negó a aceptar que el IDU la asumiera; mayor costo de las garantías y mayor permanencia en la obra, porque la conducta del contratista fue la que produjo ese gasto; pago de intereses de mora de algunas actas de obra, porque no se demostró el retardo para cancelarlas; mayores costos de AIU, porque debieron ser objeto de los contratos adicionales; perjuicios por la cesión de créditos del contratista, costos de compra y transporte de materiales, venta de inmuebles y otros bienes del contratista, así como los perjuicios morales y otros patrimoniales, porque tampoco se demostraron.

5. El trámite en esta instancia

5.1. Los recursos de apelación

Las partes apelaron la decisión, con fundamento en los siguientes argumentos:

5.1.1. El IDU pide que se revoque la condena, porque el pago de las obras ejecutadas sin autorización hicieron incurrir al contratista en responsabilidad personal, sobre todo porque está demostrado que la entidad le informó, en varias ocasiones, que no podía adelantar las obras "sin legalizar jurídicamente la obligación" -fls. 644 a 645, cdno. 1-.

5.1.2. La parte actora se mostró inconforme con los siguientes aspectos de la sentencia:

i) La valoración de las pruebas fue desacertada, porque al *a quo* desconoció los derechos del contratista, en particular la "devolución de la retención (garantía adicional) e indemnizaciones por los perjuicios recibidos" -fl. 646, cdno. 1-.

ii) Agregó que el IDU nunca ha desconocido que se ejecutaron algunas obras adicionales, lo que consta en diversos documentos -entre ellos los del "Comité de Precios" de la entidad-, pero negó su pago, apoyada en razones distintas, teniendo en cuenta que el comportamiento de la entidad y del interventor confirman estos hechos.

iii) La sentencia no analizó algunas obligaciones contractuales, como son: responder las peticiones, cumplir las cláusulas 4, 5, 6, 9 10, 11, 20, 21, 22, 25, el pliego de condiciones y los planos.

iv) Del mismo modo, no se analizó la oportunidad que tenía la administración para liquidar el contrato.

v) La sentencia también confundió la pretensión relacionada con "la retención de la garantía" con lo que la providencia llamó "mayores costos de la

garantía". Aquella -que se reclamó en la demanda- consiste en una retención que hizo la entidad estatal, equivalente al 3% sobre el valor de las actas de pago, y que no se le regresó al contratista, debiendo hacerlo.

vi) Finalmente, manifestó, en forma genérica, que no se analizaron las actas de obra, fechas y valores "que indican la existencia y veracidad de otros hechos" – fl. 747-.

5.2. Los alegatos de conclusión

Ambas partes alegaron de conclusión, en sentido coincidente al que cada una manifestó a lo largo del proceso.

No obstante, se aclara que la parte actora introdujo razones de inconformidad con la sentencia que no incluyó en el recurso de apelación –pago de celaduría, supresión de la cubierta y pisos, cancelación de varias cuentas corrientes, entre otros- de manera que la Sala no los tomará en cuenta, y se circunscribirá a los expresados en esa ocasión.

El Ministerio Público tampoco actuó en esta instancia.

CONSIDERACIONES

Para resolver el proceso, la Sala analizará los siguientes aspectos: *i)* la competencia para decidir los recursos de apelación, teniendo en cuenta el alcance de los puntos apelados; *ii)* los hechos probados en el proceso, y el *iii)* el caso concreto.

Advierte la Sala que se modificará la sentencia apelada.

1. Precisión sobre el alcance del conflicto, en segunda instancia, es decir, sobre la competencia para decidir los recursos de apelación.

El litigio *sub iudice* se circunscribe a determinar si el IDU debe pagarle o no al actor –contratista- el valor de algunas obras que realizó con ocasión de la ejecución del contrato No. 105 de 1989, pero que no hacían parte de las obligaciones pactadas en él, y como consecuencia de ello si se le ocasionaron otros perjuicios derivados de la falta de pago.

La entidad pública considera que no está obligada a hacerlo, porque los trabajos se realizaron a sabiendas de que no cumplían las exigencias mínimas para comprometer jurídicamente a la entidad. El contratista, en cambio, considera que sí le deben reconocer su valor, porque el IDU y el interventor no se opusieron a ellas. Además, el actor considera que por no pagarle oportunamente se le causaron otros perjuicios, que incluye en las pretensiones de la demanda.

El *a quo* accedió parcialmente a las súplicas del proceso, de manera que la parte demandada apeló la decisión, para que se revoque. Por su lado, la parte actora discutió la necesidad de revocar la decisión en relación con los aspectos enumerados en el punto 4.1.2. de esta providencia, de manera que a ella se circunscribirá el estudio de su inconformidad.

Se hace esta precisión porque la ley procesal establece que cuando ambas partes apelan una sentencia no opera el principio de la *no reformatio in pejus*, es decir, que en los asuntos cuestionados se puede decidir en contra de cualquiera de las

partes, modificando, sin limitaciones, la decisión de primera instancia. En este sentido, establece el art. 357 del CPC.: "... Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones."

No obstante, debe quedar claro -desde ahora- que en todo caso la competencia de la Sala se circunscribirá a los aspectos o temas apelados, es decir -según acontece en el proceso-, que de la infinidad de pretensiones que hicieron parte de la demanda -algunas de las cuales concedió el *a quo*- la Sala sólo se ocupará de revisar los aspectos que fueron objeto de inconformidad en el recurso de apelación. Por ende, lo que la parte no planteó como motivo de diferencia con el *a quo* no será revisado en la segunda instancia. Esta conclusión se apoya en el párrafo primero del art. 352 del CPC., que establece: "El apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo, a más tardar dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360, so pena de que se declare desierto. *Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia.*" (Resalto fuera de texto)

En este horizonte, la Sala no estudiará los aspectos de inconformidad que la parte actora introdujo en los alegatos de conclusión en esta instancia, sino sólo los que planteó cuando sustentó el recurso de apelación -así hubiera sido de manera sucinta-, y que quedaron identificados en el numeral 4.1.2. Los demás temas o decisiones, aunque le hayan sido desfavorables, no los apeló ni los sustentó, de manera que se entiende que quedó conforme con la decisión que se adoptó sobre ellos, actitud que es perfectamente posible, cuando la providencia convence a la parte que litiga sobre la suerte de sus pretensiones, decisión que se apoya en las pruebas del proceso y en las razones que esgrime el juez para resolver las reclamaciones.

2. Los hechos probados en el proceso

Obran en el proceso las siguientes pruebas documentales, que soportan la decisión que adoptará la Sala, en el contexto de la teoría general expresada antes.

a) El contrato de obra pública No. 105 de octubre 17 de 1989, celebrado entre el IDU y el señor Anibal Franco Gómez, cuyo objeto fue: "... ejecutar a precio unitario las obras necesarias para la construcción de la segunda etapa de la escuela Sierra Morena... de conformidad con los requisitos y especificaciones indicados en los pliegos de condiciones de la licitación, planos y/o especificaciones de construcción y bajo las condiciones estipuladas en este contrato."

El valor del contrato fue de \$33'238.665, que se pagarían así: un anticipo del 30%, y actas mensuales de obra, de las que se descontaría el anticipo -en la misma proporción-; más otra retención del 3% del valor del acta, como garantía adicional por la ejecución del contrato, que se reintegraría al contratista cuando se liquidara el negocio jurídico -Cls. tercera y cuarta, a fl. 64 del cdno. 1-.

También se acordó que el contratista, durante la ejecución, debía asumir el cuidado de la obra, para conservarla y evitar daños -Cl. Segunda-.

b) Está demostrado que el plazo de ejecución del contrato inició el 16 de noviembre de 1989, según consta en el acta inicio firmada por las partes -fl. 75, cdno. 1-.

No obstante, mediante el acta No. 3, las partes suspendieron el plazo, a partir del 8 de febrero de 1990, es decir, faltando 18 días para el vencimiento. La razón fue la aparición de obras no previstas en el contrato, el robo de cables y problemas sanitarios -fls. 79 a 80, cdno. 1-.

El 19 de febrero, las partes suscribieron el acta de reiniciación del plazo. En estos términos, las partes acordaron que la fecha de entrega se postergaba para el 26 de febrero -fls. 81 a 82, cdno. 1-.

El contrato fue prorrogado por un mes más, según se expresa en el contrato adicional No. 1 que obra a folio 8 del cuaderno 3-

c) El 12 de marzo, nuevamente las partes suspendieron el plazo –Acta No. 5-, faltando 14 días para el vencimiento, aduciendo que no se habían legalizado los precios de las obras no previstas en el contrato “... aparecidas por los robos continuados de las instalaciones eléctricas...” –fl. 84, cdno. 1- En esta misma acta se indicó que la “fecha prevista de reiniciación” sería el 16 de abril de 1990.

Mediante diversas comunicaciones, el contratista demostró que le reclamó al IDU el pago de las obras adicionales que ejecutó, tal es caso de las que obran a folios 133 y 135 del cdno. 1.

También está probado, con distintos documentos que obran en el expediente, que el IDU hizo un estudio para determinar si podía reconocerle al contratista las mayores cantidades de obras ejecutadas, pero nunca accedió a ese reconocimiento –comunicaciones varias del IDU al contratista, que obran a fls. 175, 179, 186-.

Se encuentra demostrado que parte de los faltantes obedecieron al hurto que los delincuentes habían hecho de parte de las obras de la primera etapa de la construcción, que estuvo a cargo de otro constructor –fls. 200 a 202, cdno. 1-

d) Se aportó la Resolución No. 524 de octubre 17 de 1991, proferida por el IDU, por medio de la cual liquidó unilateralmente el contrato No. 105 de 1989. Allí se da cuenta de la celebración de este, y que su plazo finalizó el 2 de mayo de 1990, pero que el contratista se negó a entregar las obras, a suscribir las actas de pago y a prorrogar las garantías, so pretexto de que no le han reconocido el pago de mayores cantidades de obra.

Agrega que la entidad no está obligada a reconocerlas, porque el contratista las ejecutó sin contrato previo que autoriza su ejecución, lo que viola las reglas del contrato, y la ley de contratación aplicable a la entidad pública.

Además, indicó que mediante la “Cuenta No. 6”, por valor de \$1'137.164, se devolvió al contratista la garantía adicional del 3%, retenida de las cuentas de cobro.

En estos términos, se liquidó el contrato, excluyendo el reconocimiento de las mayores cantidades de obra, pese a que la entidad consideró la posibilidad de hacerlo, pero concluyó que no era viable jurídicamente –fls. 36 a 44, cdno. 1-. En consecuencia, el IDU declaró que pagó el valor total de contrato, pero sin incluir las obras adicionales.

e). Contra esta decisión se interpuso el recurso de reposición –fls. 47 a 57, cdno. 1-, pero no obra acto administrativo que lo resolviera. De hecho, el contratista

afirma que se configuró el silencio administrativo negativo, que la Sala entiende acreditado con esta afirmación, y la prueba de la presentación del recurso¹.

3. El caso concreto

Las consecuencias jurídicas de ejecutar una prestación –sea una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que estándolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes problemas jurídicos que ha afrontado la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido, sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación.

Este es el contexto en el que la Sala analizará los aspectos apelados, teniendo como premisa que la ejecución extracontractual de las prestaciones constituye la base de la mayoría de las reclamaciones que realiza, en especial de la que sigue a continuación.

3.1. La ejecución de las obras extras, sin contrato adicional

Con fundamento en las pruebas relacionadas, la Sala observa que el actor no demostró que la entidad pública haya propiciado, insinuado o exhortado al contratista a que adelantara las obras no pactadas en el contrato, de manera que por este sólo aspecto la sentencia apelada tendrá que modificarse, porque el *a quo* condenó al pago de una parte de estos trabajos, sin que estuviera acreditado que la entidad sugiriera su ejecución.

Por el contrario, en el expediente reposan documentos suscritos por funcionarios de la entidad que niegan estos hechos. Por ejemplo el “Informe contrato No. 105 de 1989”, donde se hace una valoración de la “obra no prevista con precios sometidos a estudio por parte del comité no autorizada pero ejecutada por el contratista a riesgo” –fl. 226-, así mismo, la comunicación dirigida por el Interventor de la obra al Subdirector de Construcciones –donde le manifiesta que cualquier suma de dinero que supere el valor del contrato se ejecuta a riesgo del contratista (fl. 234, cdno. 1)-, lo que manifiesta que estos trabajos no fueron ordenados, ni siquiera verbalmente, por la entidad o su interventor.

De hecho, en el folio 280 del cdno. 1 obra la comunicación del 20 de febrero de 1990, en que se apoya la antes citada, dirigida por el Interventor al contratista, en la que le manifiesta:

“Cordialmente solicito a usted ajustar al inversión de la obra de la referencia al valor suscrito en el contrato inicial, o sea hasta la suma de \$33'238.665; cualquier suma que sobrepase el valor antes

¹ El inciso cuarto del art. 138 del CCA dispone: “Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren.”

En sentido complementario, el inciso sexto del art. 138 del CCA. dispone: “Al efecto deberá acompañarse con la demanda la prueba del recurso o petición elevado ante la administración, con la fecha de su presentación.”

mencionado será asumido a su costa sin ningún perjuicio para el IDU.”

Esta carta, repárese bien, tiene fecha anterior a la terminación del contrato -casi tres meses antes-, de manera que advertía al contratista, con anticipación, la consecuencia de exceder el valor del contrato, de modo que pudo ajustar la ejecución de las obras a esta admonición, pero no lo hizo, exponiéndose imprudentemente a la situación que se viene analizando.

Claro está que el actor justificó la ejecución de estos trabajos en la razón técnica de que se trataba de “obras indispensables” para el desarrollo del contrato. Sin embargo, la Sala debe recordar que el principio con el cual se cumplen las obligaciones de un negocio jurídico es aquél que dispone que las partes quedan forzadas a cumplir los acuerdos en los términos en que fueron establecidos, y que nadie está forzado a ejecutar una prestación distinta, de la misma manera que no es posible exigir más de lo acordado, ni entregar menos de lo pactado, porque esto se convierte en ley para las partes.

Esta circunstancia no tiene por qué alterarse con la interpretación que una parte haga de sus obligaciones –salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral, cuando proceda-, en aquellos casos en que considera que lo acordado es insuficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones. No cabe duda que para hacerlo se necesita llegar a un nuevo acuerdo de voluntades, que autorice exigir de la otra parte el cumplimiento de nuevas prestaciones.

En estos términos, a ninguna parte le es permitido adicionar o suprimir el alcance de las obligaciones –se insiste, salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral-, so pretexto de ejecutar las suyas, e imponer a la otra la carga de recibir un pago menor o la de hacer uno mayor, según el caso, porque desconocería el acuerdo de voluntades que comprometía al otro a actuar en un sentido distinto.

Así, entonces, cuando el alcance de lo acordado parece insuficiente -en criterio de la parte que debe ejecutarlo-, y considera que de verdad se necesita adicionar las obligaciones iniciales, en todo caso debe lograr un nuevo acuerdo, para que surja la obligación que considera indispensable para el cumplimiento efectivo de la obligación inicial. Si la parte no actúa de este modo, y en su lugar ejecuta, unilateralmente, las prestaciones adicionales, con la esperanza de que le sean retribuidas, incurre en el error de creer que su conducta crea obligaciones para los demás, por bien intencionadas y útiles que sean las prestaciones que realizó. El tema es de teoría fundamental de las obligaciones: en los contratos se requiere el acuerdo de voluntades para comprometerse y adquirir obligaciones exigibles de los demás.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que no está demostrado que el IDU hubiera consentido la ejecución de las mayores cantidades de obras, y el hecho de que admita -incluso ahora- que se ejecutaron, no significa que las haya autorizado cuando debía. De la misma manera, la circunstancia de haber estudiado la posibilidad jurídica y financiera de reconocerlas, no significa que las haya consentido en el momento en que se ejecutaron.

Y es que el contratista –se insiste, salvo insinuación demostrada de la entidad- no puede actuar unilateralmente y crear obligaciones económicas para el Estado, que

requerían de un contrato previo. De ser así, los acuerdos no se necesitarían para que las obligaciones nacieran en el derecho.

En estos términos, resulta injustificado el comportamiento del contratista, quien estando advertido por el IDU de que los valores que excedieran el monto del contrato inicial no estaba dispuesto a pagarlos, en todo caso los excedió casi en el 50% -según su valoración de las obras adicionales- y le presentó las facturas de cobro con la esperanza de que se le cancelaran.

Entre otras cosas, la Sala echa de menos la prueba de la participación culpable de la entidad en la instrucción o petición al contratista para que ejecutara algunos trabajos que estaban por fuera de lo acordado. El actor debió demostrar esto en el proceso. Por el contrario, lo único que está probado es que la entidad le pidió, rotundamente, que no excediera el valor del contrato, no obstante lo hizo.

En gracia de discusión, se dirá que el Interventor toleró la ejecución de trabajos adicionales, y que no se opuso a ellos, y que de esta manera se acredita la incidencia culpable del IDU en los hechos -declaración que obra a folios 86 a 93, cdno. 3-. Sin embargo, esta perspectiva de análisis exige una precisión para desvirtuar el esfuerzo de imputar a la entidad la responsabilidad de los hechos: en primer lugar, que está claro que un interventor no tiene la posibilidad de modificar las obligaciones de un contrato, porque su obligación dentro de él se reduce a inspeccionar el cumplimiento de las obligaciones técnicas pactadas inicialmente – cláusula 11 del contrato, a folio 65 del cdno. 1-; y en segundo lugar, porque el contrato sólo puede adicionarse mediante la suscripción de otro, donde las partes iniciales acuerdan el nuevo alcance de las obligaciones; lo que no sucedió en el caso concreto. Todo esto al ratifica en su testimonio el interventor de la obra, ingeniero Jorge Alberto Pineda, que no admite haber consentido la ampliación del alcance del contrato, y que por el contrario le aclaró al contratista que no podía exceder su valor –fl. 90, cdno. 3-

Por el contrario, sólo se encuentra demostrado que al contratista se le advirtió que no excediera el valor inicial, no obstante lo hizo, apoyado en la idea de que las obras ejecutadas eran “indispensables”, lo que no discute la Sala, porque perfectamente lo eran, sólo que eso no autoriza comprometer al contratante en sumas que superan las que acordó con el contratista. Sencillamente, a éste le faltó el cuidado mínimo para no realizar más obras de las que estaba obligado a construir, o por lo menos en montos que excedían los del valor inicial.

De algún modo, la parte actora cree que le bastaba acreditar que se ejecutó una obra adicional, para que surja la obligación del Estado de pagar; lo que es incorrecto, porque si bien la Sala no duda de la existencia de las obras -con lo que se separa del testimonio del interventor, que incurre en contradicciones al responder las preguntas relacionadas con la ejecución material de estas; y en cambio le concede credibilidad (en este punto) a lo que afirmó el señor Guillermo Alfonso Triana, en relación con la ejecución total de las obras extras (fl. 104)-, lo cierto es que se ha debido acreditar la autorización o solicitud de la entidad para hacerlas, y es ahí donde reside el estudio adecuado de la responsabilidad que puede surgir en casos como este.

En el proceso sólo obra la prueba testimonial del señor Guillermo Alfonso Triana, que afirma que el interventor impartió la autorización de ejecutar las obras extras – fls. 104 y 105, cdno. 3-, pero se echa de menos una prueba documental que lo respalde, teniendo en cuenta, además, que este señor es familiar tanto del contratista como de su apoderado, lo que hace que su versión deba ser valorada

con más prudencia –aunque no por eso se debe desestimar-. Por el contrario, obra la carta del interventor -citada varias veces ya-, donde le advirtió al contratista que no excediera el valor del contrato, de manera que su afirmación pierde valor frente a esta otra prueba.

Obsérvese que a diferencia de otros eventos, donde esta Sección ha condenado al Estado a pagar perjuicios de esta naturaleza, por configurarse la teoría del enriquecimiento sin causa, el caso *sub iudice* difiere sustancialmente, porque se encuentra demostrado que el contratista ejecutó trabajos que excedieron el valor pactado, a pesar de que con anticipación se le advirtió que no incurriera en esa situación, no obstante lo cual lo hizo, y debe entenderse que bajo su responsabilidad.

Esto, no obstante que la parte actora echa de menos que la interventoría no se opuso a la ejecución del contrato –lo que intenta usar para mostrar que de esta manera también autorizó los trabajos-, porque en realidad se trata de una perspectiva equivocada en la manera de analizar el problema: lo que el contratista necesitaba era una autorización para ejecutar las obras, no que el interventor no se opusiera a ellas, además de que en ahora no puede dejarse de lado la carta donde se indicó que no se excediera del valor del contrato.

Con fundamento en lo expuesto hasta el momento, la Sala revocará la condena que impuso el *a quo* al IDU, y también negará las siguientes solicitudes que igualmente hizo la parte actora en el recurso de apelación, por encontrarse vinculadas al análisis realizado hasta ahora, como fue que la sentencia no analizó algunas obligaciones contractuales, como son: responder las peticiones, cumplir las cláusulas 4, 5, 6, 9 10, 11, 20, 21, 22, 25, el pliego de condiciones y los planos.

3.2. La “retención de la garantía” que hizo la administración en cada acta de pago del contratista.

La parte actora también apeló porque, en su criterio, la sentencia confundió la pretensión relacionada con “la retención de la garantía”, con lo que la providencia denominó “mayores costos de la garantía”. Aquella, que se reclamó en la demanda, consiste en una retención que hizo la entidad estatal, equivalente al 3% sobre el valor de las actas de pago, y que no se le regresó al actor con la liquidación del contrato, debiendo hacerlo.

La Sala encuentra que el *a quo*, efectivamente, apreció y valoró equivocadamente este aspecto, porque incurrió en la confusión que señala el apelante.

Para entender el alcance de la inconformidad hay que indicar que el fundamento de la reclamación se halla en la cláusula 4 del contrato, que dispone, sobre la “Forma de pago”, que: i) se dará un anticipo del 30%, ii) y el saldo restante mediante actas mensuales de obra, de las que se amortizaría el valor del anticipo, además de que se descontará:

“... el tres por ciento (3%) en calidad de retención, como garantía adicional, el cual será cancelado una vez quede en firme la liquidación del contrato, se hayan constituido y aprobado las garantías respectivas y haya sido presentado la cartilla de conservación de la obra.”

En estos términos, el apelante afirma que sí se le retuvo este porcentaje en cada acta de pago, pero que no se lo regresaron cuando el IDU liquidó unilateralmente el contrato.

La Sala encuentra que en la resolución No. 524 del 17 de octubre de 1991, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato, el IDU hace constar que el valor del mismo fue de \$33'174.542, pero sumados los reajustes ascendió a \$37'905.432, y que el anticipo entregado -\$9'971.599,50- se amortizó totalmente. Ahora bien, agrega que:

“La cuenta No. 6 de recibo de obra por valor de \$1'137.164.00 corresponde a la devolución de la garantía adicional del 3% retenidos en la cuentas número (...)”

En estos términos, se observa que la suma citada corresponde, exactamente, al porcentaje pactado como “garantía adicional”, y también entiende que el IDU reconoce su valor y que esta suma pertenece al contratista, a la que tenía derecho por ejecutar los trabajos, sólo que las partes acordaron que el contratante la podía retener, aplazando su entrega, hasta la terminación del negocio, con la finalidad de que cumpliera la función de garantía de la ejecución.

Sin duda, se trata de una protección adicional a la que ya se había acordado con la constitución de las pólizas –cláusula 13-, pero en todo caso posible cuando las partes acuerdan este tipo de aseguramientos por el cumplimiento de las obligaciones.

En este horizonte, lo que el actor reclama es la devolución de lo que la entidad manifiesta deber y además que el contratista facturó por medio de la “cuenta No. 6”, que por cierto no obra en el expediente.

La ausencia de este documento, sumado a que la entidad tampoco acreditó el pago –a sabiendas de que le correspondía, porque la afirmación que hace la demanda fue que no se pagó, de manera que esta *negación indefinida* exigía que la parte afectada con ella demostrara el hecho contrario, y el IDU no lo hizo (art. 177 del CPC-, además de que la resolución de liquidación unilateral tampoco declaró la obligación de cancelar esta valor, conduce a la Sala ordenar su pago actualizado, pero sin reconocer intereses de mora, porque el contratista debía actualizar las pólizas y entregar a satisfacción las obras, lo que no hizo, y por eso, en equidad –art. 16 de la ley 466 de 1998²- se ordenará la devolución, pero sin declarar la mora del IDU, debido al incumplimiento del contratista de estas últimas obligaciones, para haber tenido derecho a la devolución plena.

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final} - \text{septiembre de 2011})}{\text{IPC inicial} - \text{noviembre de 1990}}$$

$$Va = \$1'137.164 \times \frac{(108,35)}{(13,71)}$$

² En casos como este se ha aplicado el principio de equidad, para valorar o tasar el perjuicio, con fundamento en el art. 16 de la ley 446 de 1998 que dispone: “VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

Va = \$8'986.997

3.3. La mora en el pago de las actas de obra

En forma francamente confusa también apeló el actor la decisión del *a quo* señalando que no analizó las actas de obra, fechas y valores “que indican la existencia y veracidad de otros hechos”, lo que en un esfuerzo por garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal la Sala entenderá que alude a la negación de la pretensión del pago de intereses de mora de las actas de obra.

No se necesita mayor esfuerzo para rechazar esta pretensión, y confirmar la sentencia, porque no hay prueba de la mora, a sabiendas de que estaba a cargo de la parte que la reclama. De hecho, en el expediente sólo obran algunas “Actas de recibo de obra” –ni siquiera todas- (fls. 88 a 126, cdno. 2)- pero se desconoce la fecha del pago y si se cumplieron o no los requisitos para hacerlo.

Entre otras cosas, el dictamen pericial, indispensable para analizar este aspecto técnico-jurídico, señaló que “el valor solicitado, no lo podemos calcular porque no pudimos conseguir los certificados de pago ni los índices para el cálculo de los reajustes del IDU, estos documentos le fueron solicitados al demandante en varias ocasiones, pero no fue posible que atendiera nuestra petición.” –fls. 183 a 184, cdno. 3-.

En estos, por falta de prueba de los hechos, se confirmará esta decisión de la sentencia apelada.

3.4. La oportunidad que tenía el IDU para liquidar el contrato

El actor también cuestionó la facultad que tenía el IDU de liquidar unilateralmente el contrato, tendido en cuenta que no se cumplían las condiciones para hacerlo, concretamente: la legalización de los precios de las obras extras y la suspensión del plazo, y por eso actuó con falsa motivación. En este mismo sentido, alega que es espurio que el plazo hubiera vencido el 2 de mayo de 1990 –como dice la resolución No. 524-, porque en realidad estaba suspendido, de manera que seguía vigente.

Observa la Sala que hay varios hechos confusos al rededor de este aspecto, lo que propicia su litigiosidad. De un lado, que la cláusula vigésima reguló la “suspensión del contrato”, y estableció que cuando se presentaran circunstancias de fuerza mayor o de caso fortuito las partes podían suspenderlo,

“... mediante la suscripción de un acta en donde conste la circunstancia que la origina, la fecha de suspensión y la fecha o el evento previsto para la reiniciación de las obras, sin que para los efectos del plazo extintivo se compute el tiempo de la suspensión. Para reiniciar las obras se deberá suscribir el acta correspondiente y modificar las garantías a que haya lugar.” –fl. 71, cdno. 1-

Mediante el Acta No. 5, de marzo 12 de 1990 –fl. 83, cdno. 1-, las partes acordaron suspender el contrato, y establecieron como “FECHA PREVISTA DE REINICACIÓN: Abril 16 de 1990”.

El problema que aconteció luego que es que no se suscribió, en ese día, el “acta de reinicio”, de manera que el contratista entendió que el contrato siguió suspendido, mientras que la entidad entendió que se reactivó en esa fecha. De ahí

en adelante existe una cantidad de comunicaciones entre las partes, en las cuales la entidad le pide al contratista que se acerque a suscribir el acta de reiniciación, incluso la de entrega de obra y también la liquidación del contrato –fls. 168, 171, 180, entre otros, cdno. 1-. El contratista contesta, por su lado, que no le han pagado las obras extras y por tanto no suscribe más actas.

Algunas de esas comunicaciones son de mayo y de junio de 1991 –fl. 180 y 181, cdno. 1-, es decir, más de un año después de la suspensión de las obras, sin que las partes se pusieran de acuerdo sobre el estado del contrato. En este contexto, la Sala debe resolver si el contrato había terminado, o si estaba suspendido, tendido en cuenta que en el acta de suspensión las partes establecieron, directamente, la fecha en que se reanudaba –de modo que, en principio, no se necesitaba el acta de reanudación-; no obstante la cláusula citada del contrato señala que en todo caso se debía suscribir el acta de reanudación, así que nos encontramos ante disposiciones contradictorias.

En un caso parecido a este, por lo menos en relación con algunos aspectos del litigio, se tuvo la ocasión de manifestar –sentencia del 24 de enero de 2011, exp. 16.492. CP. Enrique Gil Botero- que:

“La Sala encuentra demostrado que la ejecución del contrato inició el 27 de junio de 1994 –según el Acta de iniciación suscrita por las partes-, y se sabe que el plazo de ejecución era de 120 días calendario. Cuando había transcurrido menos de la mitad del término, el 24 de agosto de 1994, el contratista le solicitó al Alcalde municipal que lo suspendiera, “... debido al constante retraso (sic) en el suministro de materiales pues me han ocasionado problemas con el personal que en ella labora. Esto hasta cuando estén en condiciones de suministrar materiales oportunamente” –fl 24, cdno. ppal.-. Esta solicitud se aceptó el 1 de septiembre de 1994, cuando las partes suscribieron el “Acta de suspensión No. 1” para interrumpir la ejecución del contrato –fl. 25, cdno. ppal.-.

“Un año después, estando suspendido el contrato, es decir, faltando plazo para su vencimiento, el contratista le solicitó al Alcalde municipal -el 7 de septiembre de 1995- que le autorizara ceder el contrato al señor Jorge Enrique Romero –fl. 23, cdno. ppal.-, a lo cual accedió el 13 de septiembre de 1995, día en que igualmente se perfeccionó la misma, de tal suerte que, en adelante, el contratista fue el señor Jorge Enrique Romero –fls. 33 y 34, cdno. ppal.-.

“En los aspectos examinados, también resulta incorrecto el análisis del tribunal, porque olvidó que el plazo estuvo suspendido todo ese tiempo, y por tal motivo la cesión se perfeccionó en vigencia del contrato.

“Sin embargo, el *a quo* apoyó su criterio en el hecho de que cuestionó el término excesivo que estuvo suspendido el contrato, y consideró: i) que la suspensión de estos no puede ser indefinida, y, además, ii) que sólo puede producir efectos por el término que resta para ejecutar el contrato respectivo, y de esa forma limitó temporalmente la posibilidad de suspender la ejecución de un negocio. Esta posición implica, para poner unos ejemplos sencillos que la concreten, que si un contrato tiene un plazo de un año, y se suspende en el primer mes de su ejecución, la suspensión no puede

exceder de 11 meses; ahora, si han transcurrido 10 meses del plazo la suspensión no puede exceder de 2 meses, y así sucesivamente. En ambos casos es lo que resta del término pactado.

“La Sala no comparte este punto de vista, porque en la ley 80 de 1993, y en el derecho civil y comercial, al cual remite aquella –arts. 13, 32 y 40-, no existen razones para pensar y exigir que la suspensión de un contrato exija acordar un día determinado para que se reanude el mismo. Este posición niega la realidad propia de la ejecución de los negocio jurídicos, tanto públicos como privados, que pueden encontrarse en circunstancias materiales que hacen imposible definir cuál será el término de interrupción probable de las obligaciones. De hecho, en muchos casos no sólo es difícil sino imposible definir un día cierto en que se reactivará el plazo de ejecución.

“Este tipo de decisiones, en principio, pertenecen a la autonomía de la voluntad, de manera que las partes pueden disponer del asunto con libertad. Ahora, cuando alguna de ellas se sienta lesionada, porque la suspensión excede lo que razonablemente permite el negocio o las circunstancias que la causaron, entonces podrá ejercer los mecanismos jurídicos que el ordenamiento jurídico tiene disponibles para resolver el problema jurídico en ciernes –bien el arreglo directo, bien alguno propio de la heterocomposición-, y por eso es incorrecto señalar, por vía de principio general, que un contrato no se puede suspender por tiempo indefinido, y menos aún que el término máximo será lo que resta del plazo inicialmente pactado.

“Esto tampoco impide que la parte afectada con la suspensión, prolongada excesivamente en el tiempo, pueda solicitar la terminación del contrato, con sus correspondientes indemnizaciones, como quiera que lo expresado no significa que las partes están obligadas a permanecer indefinidamente vinculadas a un contrato, que pudo suspenderse por causas ajenas a las partes o imputables a alguna de ellas. Sin embargo, esto requiere una valoración judicial, a falta de que las mismas partes no puedan resolver sus diferencias, y es en este sentido que se afirma que la posición del a quo no es admisible.

“Precisamente, en el caso concreto, las partes tenían conciencia de que para la fecha en que se suspendió, y luego se cedió el contrato, este seguía vigente, sólo que suspendido, pero cuando la situación de inejecución empezó a causar daños a una de ellas, más allá de lo que estimó podía soportar, acudió al juez para dirimir la controversia. Por tanto, la Sala considera que la cesión se hizo durante la vigencia del contrato, y en esa medida también se revocará el basamento del tribunal en relación con este aspecto, que dejaron sin efectos el negocio jurídico.

(...)

“Ahora bien, el contrato se cedió el 7 de septiembre de 1995, conociendo el nuevo contratista que estaba suspendido. No obstante, es obvio que no podía permanecer siempre en ese estado, y por ello

se entenderá que pasado un mes se debió reiniciar la ejecución, teniendo en cuenta que ya tenía un año de suspendido.”

Aplicada la lógica de esta providencia al caso concreto, y valorada la actitud de las partes del negocio, la Sala entiende que el contrato de obra No. 105 de 1.989 terminó, atendiendo a la actitud de desidia asumida por el contratante y el contratista, pues nunca tuvieron la intención de reanudarlo, por falta de acuerdo sobre varios problemas que fueron los que, finalmente, trajeron ante esta jurisdicción.

De manera que resultaría irracional mantener eternamente suspendido el negocio jurídico, como parece sugerirlo el actor, porque esta actitud no consulta la realidad del comportamiento de las partes. Entre otras cosas, a diferencias del caso citado –donde se demostró la intención de los contratantes de reanudar el negocio, aun mucho tiempo después de su suspensión- en este ninguna parte cambió su actitud, de manera que esta jurisdicción, interpretada la actitud de ellos, considera que el contrato había terminado, mucho antes de su liquidación unilateral, y por esa razón era posible que la entidad lo finiquitara, pues para esos efectos fue que la ley le asignó a las entidades estatales la facultad exorbitante de actuar de este modo, cuando no es posible llegar a un acuerdo con el contratista, quien perfectamente habría dejado este contrato en una indefinición eterna, que contradice el interés general que está llamado a defender la entidad estatal.

En conclusión, el IDU liquidó el contrato estando autorizado para ello, porque la lectura que hizo de las razones de hecho y de derecho que lo justificaban se corresponden con el interés general que lo autorizaba para que obrara de esa manera.

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

FALLA

Modifícase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 7 de octubre de 1.999, la cual quedará así:

Primero: Condénase al Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- a pagar al señor Anibal Franco Gómez la suma de \$8'986.997, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.