

## **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INCUMPLIMIENTO BILATERAL.**

Frente al incumplimiento bilateral, la administración no podía hacer uso ni de la cláusula de caducidad, ni de su facultad de sancionar con multas el incumplimiento del contratista, por prohibírsele el artículo 1609 del Código Civil. Pues encontrándose ambas partes en incumplimiento, ninguna puede imputar nada al otro.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN TERCERA**

**Consejero ponente: CARLOS BETANCUR JARAMILLO**

Bogotá, D. E., ocho (8) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985)

**Radicación número: 3834**

**Actor: ERNESTO MONTOYA DEL RÍO**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de agosto 26 de 1982 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En demanda presentada ante el mencionado Tribunal el señor Ernesto Montoya del Río, mediante apoderado debidamente reconocido, solicita que:

1. Se declare la nulidad de la Resolución 182 del 28 de septiembre de 1979, proferida por el Director del Instituto de Desarrollo Urbano del Distrito Especial de Bogotá, por la cual se declaró la caducidad del contrato N° 132 de 1976.
2. Se declare la nulidad de la Resolución N° 239 de 20 de diciembre del mismo año del citado Director.
3. Se decrete que el actor tenía pleno derecho a terminar las obras objeto del contrato N° 132 de 1976 y que no se hizo acreedor a ninguna sanción administrativa por incumplimiento.
4. Se condene al Instituto de Desarrollo Urbano del Distrito Especial de Bogotá a pagar al actor o a quien sus derechos represente el monto de los perjuicios de toda índole causados por la declaratoria de caducidad y con la privación de

su derecho a devengar las ganancias derivadas de la ejecución total del objeto del aludido contrato.

5. El monto de los daños se actualizará en su valor en el momento de sentencia o de su pago.

6. Si el Instituto de Desarrollo Urbano IDU no diere cumplimiento al fallo dentro del término de 30 días consagrado en el artículo 121 de la Ley 167 de 1941, pagará intereses moratorios desde la presentación de la mora hasta cuando se efectuó el pago.

Los hechos descritos por el demandante se sintetizan así:

1. El 22 de septiembre de 1976 se celebró el contrato N° 132 entre el IDU y el señor Ernesto Montoya del Río, cuyo objeto era ejecutor a precios unitarios fijos las obras de construcción de la Escuela Jorge Gaitán de esta ciudad.

2. Como plazo para la ejecución de las obras se fijó un término de seis meses contados a partir de la fecha del acta de iniciación de los trabajos.

3. La forma de pago quedó establecida por mensualidades vencidas, cuyo valor se determinaría conjuntamente con el interventor dentro de los 10 primeros días del mes siguiente.

4. El IDU se obligaba a reservar los fondos necesarios para el pago, lo mismo que a entregarle al contratista una suma como anticipo.

5. En el contrato se pactó la cláusula de declaratoria de caducidad a favor de la administración.

6. Se estipuló también en el convenio que para su validez se requería la aprobación de la Junta Directiva del IDU y del Banco Interamericano de Desarrollo, el pago de timbre nacional, la anotación en la Auditoría Fiscal y la publicación en el Registro Distrital.

7. Entre las obligaciones del IDU estaba la de entregar las zonas donde se ejecutarían las obras libres de toda clase de obstáculos. Igualmente la de entregar al contratista los planos de la construcción; así como las especificaciones técnicas.

8. Las obras se iniciaron el 7 de diciembre de 1976 y debían concluirse el 7 de junio de 1977.

9. El 9 de diciembre de 1976 el actor envió al IDU la programación de la construcción y solicitó los planos de la escuela. También informó sobre la ocupación de parte del predio, en donde se adelantaría la construcción, por el señor Noé Guerrero, hecho que entorpecía la construcción de la obra.

10. El 17 de diciembre de 1976 el contratista se dirigió al interventor para notificarle sobre la existencia de un tramo de alcantarilla y una caja de recepción de basuras que obstaculizaban la construcción.

11. El 30 de diciembre / 76 la interventora ordenó al demandante que ejecutara trabajos en la única zona posible y que avanzara en los trámites para el muro de cerramiento.

12. El 30 de diciembre de 1976 el actor se dirigió nuevamente al interventor para informarle sobre nuevos inconvenientes para adelantar la construcción; solicitándole una definición para laborar en otros frentes o suspender los trabajos. El requerimiento del contratista fue contestado el 14 de enero de 1977 por el IDU informándole que había tomado atenta nota y que estaba estudiando la solución a los problemas.

13. El 31 de enero de 1977 el actor informó al IDU sobre la terminación de las obras posibles de realizar y solicitando instrucciones para continuar con la ejecución.

14. Afirma el demandante que desde el día 23 de mayo de 1977 se paralizaron las obras de construcción de la escuela Jorge Gaitán.

15. Vencido el término contractual el IDU solicitó al demandante ampliar las pólizas y el 16 de agosto le comunicó que el plazo había sido ampliado por "cuatro meses contados a partir de su vencimiento actual".

16. El 28 de noviembre de 1977 el IDU informó al contratista sobre una nueva ampliación del plazo que se encontraba en trámite y el 12 de diciembre de 1977 el interventor manifestó al actor que las obras debían reiniciarse en la primera quincena del mes de enero de 1978.

17. El día 13 de febrero de 1978 se reinician nuevamente las obras con algunos reparos por parte del contratista,

18. El 27 de marzo de 1978 se celebró entre las partes el otrosi N° dos en donde se amplió el plazo hasta el 1° de julio de 1978.

El 15 de mayo de 1978 el contratista manifestó a la interventora su inconformidad por no llegar a un acuerdo sobre el precio de las nuevas obras.

19. El 4 de octubre de 1978 el contratista dijo al interventor que debido al cambio de diseños estructurales y a la falta de precios de dicha estructura "me veo en la imperiosa necesidad de suspender las obras pues la anterior situación es por causas no imputables al contratista".

20. En varios escritos posteriores el contratista solicitó definición sobre tales precios.

21. El 30 de octubre de 1978 el interventor solicitó al actor elaborar la reprogramación de la obra, contestando éste que estaría dispuesto a ello una vez se resolvieran algunos problemas.

22. El 21 de diciembre de 1976 el interventor informó al contratista que habían sido aprobados los análisis de precios unitarios para modificaciones de la estructura.

23. El 22 de marzo de 1979 se celebró un nuevo otrosí, para legalizar el Plazo hasta el 31 de mayo de 1979, el cual no fue perfeccionado.

24. El 30 de mayo se firmó el Acta N° 6 de cambios de especificaciones y obras adicionales en donde se reconocía por los funcionarios distritales las deficiencias del proyecto.

25. El 19 de abril de 1979 el actor solicita la cancelación de la obra realizada entre el 1° de julio de 1978 y el 31 de mayo de 1979 como condición para continuar las obras.

26. El 26 de abril de 1979 se firmó el acta N° 7 de reconocimiento de gastos, en la cual se manifestó que el IDU acepta la obra realizada, se reconoce el pago y se establece un nuevo plazo de 4 meses a partir de la legalización del otrosí.

27. El 6 de julio de 1979 se celebró el otrosí N° 4 que prorrogó en 6 meses el término de entrega de las obras, contado a partir del 31 de marzo del año en curso.

28. Sin perfeccionarse el contrato el IDU pretendió que el contratista iniciara las obras faltantes, a lo cual éste respondió el 21 de agosto de 1979 que no podía seguir financiando al Instituto en sus obras y hasta que no se arreglaran detalles técnicos, posibles cambios de especificaciones, mayores cantidades de obra y precios no previstos sería imposible reiniciar los trabajos.

29. El 3 de septiembre de 1979 el IDU envía al actor el otrosí N° 4 debidamente legalizado y aprobado, 27 días antes de que el plazo en él contemplado finalizara.

30. El 7 de septiembre el IDU requiere al contratista para que reinicie las obras a partir del 10 de septiembre de 1979.

El 14 y 17 de septiembre de 1979 el contratista contesta al IDU que antes de reiniciar la obra es necesario solucionar problemas técnicos y de precios de los nuevos *ítems*.

31. El 24 de septiembre de 1979, el Director del IDU sanciona por incumplimiento al contratista con multa de \$33.612.44, acto que fue recurrido y que no ha sido resuelto.

32. El 25 de septiembre el contratista solicita una prórroga de 4 meses por falta de definiciones en los diseños.

33. Por Resolución 182 del 28 de septiembre de 1979 el Director del IDU declara la caducidad administrativa del contrato por incumplimiento del contratista.

Por Resolución 239 del 20 de diciembre de 1979 no se accedió a reponer la Resolución 182. Como consecuencia de lo anterior el IDU decidió liquidar el contrato y recibir la obra en el estado en que se encontraba.

34. En síntesis el demandante afirma que el incumplimiento provino del IDU y que por lo tanto fue injustamente sancionado.

Como disposiciones violadas cita los artículos 16, 26 y 50 de la Constitución Nacional; 1602, 1603 y 1609 del Código Civil; 285, 286 289, 292 y 294 del Acuerdo N° 9 del Consejo del Distrito Especial de Bogotá (Código Fiscal) y de las cláusulas segunda, parágrafo, tercera, quinta, sexta, séptima, novena, vigésima primera, vigésima quinta y vigésima sexta del Contrato 132 de 1976.

En un serio estudio el apoderado del demandante estima que las normas citadas fueron violadas porque el incumplimiento fue del IDU y que por tal motivo los actos deben anularse.

El *a quo* aplicando la "*exceptio non adimpleti contractus*" concluye que deben anularse los actos impugnados procediendo a indemnizar al actor por los perjuicios morales subjetivos y objetivados, negando los perjuicios materiales por haber el demandante perdido el derecho en virtud de la mora recíproca.

En su vista de fondo la Fiscal considera que se revoque el fallo apelado y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda por consideraciones que a continuación se sintetizan:

"Existe pues en torno de esta contestación toda una serie de irregularidades reconocidas y aceptadas por los contratistas. Todo hubiera podido seguir como venía, pues, era la informalidad y la irregularidad la tónica imperante en el desarrollo del contrato, a no ser por la declaración de caducidad".

"Quiso la administración después de tres años y después de estar en su mayor parte ejecutado el contrato (70%), acelerar y poner fin al contrato. Como era de costumbre (ilegal por cierto) se prorrogó nuevamente en forma extemporáneo el término del contrato y se convino en reanudar las obras. En esta etapa final la administración se muestra interesada en acelerar la terminación de la construcción y así lo manifiesta en la correspondencia de esos últimos meses".

"El contratista no reinició los trabajos en el tiempo estipulado. Pretendió y, pretende alegar en su defensa la falta de legalización del otrosí, cuando en ese otrosi se ampliaba retrospectivamente el plazo ya vencido y cuando los

trabajos realizados habían sido todos hechos con prórrogas ilegales, iguales a esa que desconocía".

"Debe destacarse aquí, que los incumplimientos iniciales por parte de la administración que existieron realmente no guardan relación alguna con la no reanudación de los trabajos por parte del contratista señalados en el otrosí final".

"El contratista realmente no reanudó las obras porque no se habían cancelado unas cuotas. En el curso del contrato ya había utilizado esa táctica según se deduce de la correspondencia visible al cuaderno N° 2 (fls. 23 y 280). Esto mismo lo afirma el contratista en el memorial de reposición que presentó a la administración".

"La razón que alega el demandante para no cumplir el otrosí N° 4 fue estudiada y desvirtuada satisfactoriamente por la administración cuando resolvió el recurso de reposición (ver Resolución N° 230 de diciembre 20 / 79, fls. 15 y 16, C. N° I).

"Como bien lo dice el Instituto de Desarrollo Urbano, la reiniciación de los trabajos, estipulada en el otrosí N° 4, no estaba condicionada a pago alguno de dinero".

*Se considera:*

Estima la Sala que en parte las apreciaciones del a quo son aceptables lo mismo que las de la señora Fiscal.

Está debidamente probado en el proceso el incumplimiento del IDU en cuanto a la entrega de los predios, libres de toda carga,, prevista en el contrato original (132 / 76).

Pero posteriormente también obran en el expediente pruebas que demuestran cómo el contratista se allanó a esos inconvenientes y firmó prórrogas que sanearon la anómala situación que se venía presentando.

Por lo anterior cree la Sala que el estudio de la decisión debe limitarse al otrosí N9 4 del Contrato N° 132 de 1976, suscrito el 6 de julio de 1979 entre el IDU y el actor, y con base en él declarar o no la legalidad de los actos administrativos impugnados.

Según concepto del apoderado del actor, éste no estaba obligado a cumplir el otrosí N° 4 porque no se hallaba debidamente perfeccionado; sin embargo, la razón verdadera no fue ésta sino la no aceptación del IDU a reajustar algunos precios y el desacuerdo en cuanto al pago algunas cuentas. Este hecho queda establecido con las afirmaciones del mismo demandante en diferentes oficios dirigidos al IDU, entre ellos los que aparecen a folios 23 y 280 del cuaderno 2.

Por otro lado también fue culpable el actor por el no perfeccionamiento oportuno del otrosí N° 4, por cuanto sólo aportó las pólizas de ampliación de las garantías el 11 de julio de 1979 o sea 5 días después de firmada la adición (ver fl. 41, C. N° 2).

Con sujeción al tenor de lo dispuesto en la última parte del artículo 289 del Acuerdo N° 9 de 1976 (Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá) el contrato quedó perfeccionado el 11 de julio de 1979, fecha en la cual el demandante entregó la ampliación de las pólizas al IDU y como en el convenio se manifiesta que ya existía el acuerdo de la Junta Directiva, se reunieron los requisitos mínimos previstos en la citada norma, a saber ". . . las adiciones relacionadas con el plazo sólo requerirán de la autorización de la respectiva Junta y prórroga de las garantías".

No hay que olvidar que en el otrosí N° 4 se pactó un plazo a partir de una fecha cierta no condicionada a ningún pago ni financiación por parte de la entidad al actor y considera la Sala que el cumplimiento del plazo era obligatorio para el contratista, pues con él en nada se viola la ley.

No es valedero el argumento de que el contrato en su otrosí N° 4 quedó perfeccionado sólo el día 3 de septiembre de 1970 cuando fue enviada copia para el archivo del demandante, pues como se dijo éste ya se encontraba perfeccionado con anterioridad.

Es necesario recordar aquí que el IDU requirió varias veces al contratista para la reiniciación de las obras; solicitudes que no tuvieron eco ya que el actor insistió en la modificación de los precios como condición para dicha reiniciación.

Son motivos suficientes los expuestos para declarar que el accionante no tiene derecho a indemnización alguna por haber incurrido en mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

En lo que hace relación al IDU también aparece demostrado que incumplió las obligaciones enunciadas del multicitado otrosí N° 4.

Según Oficio N°. 2474 de agosto 23 de 1979 la interventoría del IDU, faltando 33 días para la finalización del plazo, envió la localización y diseño del tanque de agua elevado.

Según Oficio N° 02724 del 7 de septiembre de 1979 la intervendría del IDU remitido al contratista una copia del diseño arquitectónico y estructural de las modificaciones de la cubierta del aula múltiple; y es importante recalcar aquí que estos diseños los envió para que el contratista iniciara el estudio de los precios unitarios faltando 23 días para la extinción del plazo pactado en el otrosí N° 4.

Estos hechos demuestran que el IDU también incumplió sus obligaciones y que por este motivo no tenía derecho a exigir el cumplimiento al contratista de

las suyas. Así lo declaró la Sección en un caso similar mediante sentencia del 7 de abril de 1978 (Exp. N° 1370. Actor: Jorge A. Chaves Torres. Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango) cuando afirmó: "Frente al incumplimiento bilateral, la administración no podía hacer uso ni de la cláusula de caducidad, ni de su facultad de sancionar con multas el incumplimiento del contratista, por prohibírsele el artículo 1609 del Código Civil pues encontrándose ambas partes en incumplimiento, ninguna puede imputar mora al otro".

Visto lo anterior considera la Sala que los actos impugnados deberán anularse como en efecto lo declarará.

Al declararse, la nulidad de los actos que sirvieron de soporte a la liquidación efectuada por la administración, ésta quedará sin efecto alguno y tendrá que rehacerse en la forma indicada en la parte resolutive. Recuérdese que esa liquidación fue más que la ejecución del acto administrativo cuya nulidad igualmente se decretará.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

1. Confírmase los numerales 1 y 2 del fallo apelado.
2. Revócanse los numerales 3 y 4 de la sentencia impugnada.
3. Declárase que el contrato 132 de 1976 celebrado entre el IDU y el señor Ernesto Montoya del Río *terminó* el 30 de septiembre de 1979 por expiración del plazo pactado.
4. Como consecuencia de lo anterior, las partes procederán a liquidar el citado contrato entregando y recibiendo respectivamente la obra ejecutada, pagando el IDU al contratista su valor correspondiente teniendo en cuenta los precios pactados y los reajustes previstos en el contrato principal y sus adicionales, descontando previamente las sumas pagadas por el IDU por tales conceptos o por anticipos.
5. Deniégnanse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en sesión de fecha 8 de agosto de 1985.

*Carlos Betancur Jaramillo, Eduardo Suescún Monroy, Julio César Uribe Acosta, José Luis Aramburo, Conjuez.*

*Félix Arturo Mora Villate, Secretario.*

