

ACCION CONTRACTUAL - Segunda instancia / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - No es absoluto / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS / Inaplicación. En aquellas hipótesis en que la sentencia es consultable, puede el ad quem hacer más gravosa la situación del apelante único

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 357 del C.P.C., aplicable en lo contencioso administrativo según se deduce del artículo 267 del C. C. A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo que es desfavorable al apelante y por ésta razón el ad quem no puede hacer más gravosa su situación si fue el único que se alzó contra la decisión. Esta previsión no es cosa diferente al desarrollo de la garantía prevista en el inciso segundo del artículo 31 constitucional que manda que “el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.” En consecuencia, en estos casos, la competencia del superior se encuentra circunscrita a revisar lo que desfavorece al recurrente y que ha sido materia de su inconformidad. Sin embargo, en aquellas hipótesis en que la sentencia es consultable, puede el ad quem hacer más gravosa la situación del apelante único porque se entiende que la consulta debe surtirse respecto de todo aquello que fue desfavorable a la entidad estatal condenada parcialmente pero que no apeló. Como en este asunto la Universidad Nacional De Colombia es la única apelante de la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima y esta sentencia no es consultable por no haber impuesto una condena superior a 300 salarios mínimos legales vigentes en ese momento, la revisión en esta instancia se limitará a lo desfavorable a aquella y que ha sido motivo de sus reparos, esto es que el Municipio de Ibagué no haya sido condenado también a indemnizar los perjuicios causados con el incumplimiento.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 31. INCISO 2 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267

CONSEJO DE ESTADO - Competencia. / COMPETENCIA CONSEJO DE ESTADO - Grado jurisdiccional de consulta. No resulta alterada por la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos / JUZGADOS ADMINISTRATIVOS - Normas de competencia

Considera la Sala que en este caso ya es aplicable el artículo 184 del C. C. A., en la nueva redacción que le dio el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, porque si bien el parágrafo del artículo 164 de la citada ley dispone que “mientras entran a operar los Juzgados Administrativos continuarán aplicándose las normas de competencia vigentes a la sanción de la presente ley”, la interpretación sistemática de esta disposición conduce a concluir que ella no rige para el grado jurisdiccional de consulta que eventualmente pueda surtirse ante el Consejo de Estado. En efecto, los artículos 33 y siguientes de la Ley 446 de 1998 reglan las competencias en la jurisdicción contencioso administrativa, entre ellas las de los jueces administrativos, y recuérdese que al momento de empezar la vigencia de la citada ley aún no habían entrado a funcionar los juzgados administrativos, razón por la cual era razonable e indispensable mantener en los anteriores funcionarios las competencias que resultaren alteradas por la creación de un nuevo juzgador como lo es el Juez Administrativo. Y es que la competencia del Consejo de Estado, en lo atinente a la consulta, no resulta alterada por la existencia de los jueces administrativos porque jamás una sentencia de estos será consultada ante aquel y mucho menos la del primero ante los segundos. Luego, si la entrada en

funcionamiento de los juzgados administrativos no modifica en nada la competencia del Consejo de Estado en lo concerniente al grado jurisdiccional de consulta, es evidente que el mencionado párrafo del artículo 164 de la Ley 446 de 1998 no es, ni puede ser aplicable, a la consulta que deba surtirse ante esta Corporación. Es por todo lo anterior que no puede prohiarse la posición del Ministerio Público cuando solicita que se reduzca el monto de la condena que se impuso a favor de la Universidad Nacional De Colombia.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 184 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 57 / ARTICULO 184 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 164. PARAGRAFO / ARTICULO 184 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 33 Y SS

RESPONSABILIDAD CIVIL - Persigue la reparación del daño / INEXISTENCIA DEL DAÑO - No hay responsabilidad civil / NEMINEM LAEDERE - Incumplimiento de un determinado deber de comportamiento que surge de un acuerdo contractual

La responsabilidad civil persigue la reparación del daño y es por esto que cuando de alguien se predica que es civilmente responsable, simplemente se está diciendo que debe reparar el daño causado. El daño que ha de ser indemnizado puede derivarse, entre otras, de la transgresión del deber genérico del *neminem laedere* o del incumplimiento de un determinado deber de comportamiento que surgió de un acuerdo contractual. Pero en uno y en otro caso, si la responsabilidad civil consiste en el deber de reparar el daño, se puede afirmar que por regla general no hay responsabilidad civil si no hay daño. Así que entonces, generalmente, toda indagación sobre una responsabilidad civil debe comenzar precisamente por dilucidar si ha habido daño porque la inexistencia de este haría inútil la averiguación de los otros elementos de la responsabilidad.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Incumplimiento. La responsabilidad contractual no tiene por objeto el cumplimiento / CUMPLIMIENTO - Satisfacer la prestación. Para pedir el cumplimiento es necesario que sea exigible / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL - Debe existir incumplimiento y que se haya causado un daño. Finalidad reparación del daño / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Hipotesis excepcional. Inexistencia del daño. Cláusula penal. Cobro de intereses o en las arras confirmatorias penales

Si bien la responsabilidad contractual supone el incumplimiento esto no significa que aquella tenga por objeto el cumplimiento. En efecto, son muchas las disposiciones que corroboran esta afirmación, como por ejemplo los artículos 1546 y 1594 del C. C. y 870 del C. Co., para citar sólo algunas, pues cumplir es satisfacer la prestación mientras que responsabilidad civil es obligación de reparar el daño. Dicho de otra manera, para pedir el cumplimiento de una obligación es indispensable que ella sea exigible mientras que para derivar responsabilidad civil contractual es presupuesto el que la obligación haya sido incumplida pero, fundamentalmente, que este incumplimiento haya causado un daño. En síntesis, en la responsabilidad contractual el incumplimiento es un presupuesto pero el

cumplimiento no es su finalidad ya que su verdadero fin es la reparación del daño. Sin embargo, hay hipótesis excepcionales en las que se puede configurar la responsabilidad contractual aunque no haya habido daño tal como ocurre en la cláusula penal, en el cobro de intereses o en las arras confirmatorias penales. Dice el artículo 1599 del C. C. (...) disposición esta que en lo pertinente resulta aplicable al pacto atípico de las arras confirmatorias penales porque siendo una hibridación entre la cláusula penal y las arras, son de recibo las disposiciones legales de una y otra figura si son compatibles con la función del nuevo esquema negocial formado. De otro lado, el numeral 2º del artículo 1617 del C. C. pregona que (...) Pero salvo estos puntuales y excepcionales casos, no puede haber responsabilidad civil contractual sin daño. (...) Por lo tanto no es cierto que basta con incumplir la obligación para que haya daño.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1546 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1594 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1599 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1617. NUMERAL 2 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 870

DAÑO - Causación / DAÑO - Obligación de repararlo / DAÑO - Existencia / DAÑO - Cuantía / DAÑO - Prueba. Se debe demostrar la existencia y cuantía

Causar un daño, como ya se dijo, genera la obligación de repararlo pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente condene al deudor a su pago, 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. (...) sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. (...) Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y su cuantificación sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A. Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a su cuantía, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia y la magnitud de la lesión, la responsabilidad está irremediamente condenada al fracaso. La Universidad Nacional de Colombia dice que en la responsabilidad contractual, a diferencia de la extracontractual, es suficiente con que se incumpla para que se causen los perjuicios y por consiguiente si se demuestra el incumplimiento el juzgador tiene el deber de fijar la cuantía de la reparación. Semejante argumentación riñe con la estructura de la responsabilidad contractual, como ya quedó suficientemente demostrado, y es por esto que no pueden ser de recibo tan simples y descaminados argumentos. Debe entonces averiguarse si en este asunto aparece demostrado la causación de algún daño y su cuantía para, de ser así, adentrarse luego al análisis de los restantes elementos que configuran la responsabilidad contractual. (...) La Universidad Nacional de Colombia sostiene que en el expediente obra una prueba pericial, oportuna y legalmente producida, en la que los peritos conceptúan que el valor de los perjuicios asciende al saldo del precio pactado por lo que estos están debidamente demostrados. La sola afirmación que hace la recurrente, cuando expresa que el valor de los perjuicios causados asciende al monto del saldo del precio pactado, ya es razón suficiente para concluir que no existe prueba alguna

del daño. (...) Dicho de otra manera, quien pretende la prestación persigue el pago mientras que quien pretende responsabilidad civil contractual persigue la reparación del daño derivado del incumplimiento de la obligación. Y el hecho de poder solicitar, por regla general, lo uno junto con lo otro, significa precisamente que son cuestiones distintas y no que prestación y daño sean lo mismo. (...) Luego, no es cierto, como lo quiere hacer ver la recurrente, que están probados los daños que ocasionó el incumplimiento. No estando probado ningún daño, no podía hacerse condena alguna por este concepto y como quiera que el Tribunal Administrativo del Tolima así lo decidió, se sigue que la sentencia revisada debe confirmarse.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1757 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 169

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del doctor Enrique Gil Botero

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 73001-23-31-000-2001-01937-01(15800)

Actor: UNIVERSIDAD NACIONAL

Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE

Referencia: ACCION CONTRACTUAL-RECURSO DE APELACION

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Universidad Nacional contra la sentencia del 14 de septiembre de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo de Tolima, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de su demanda.

I ANTECEDENTES

1. Demanda de la Universidad Nacional de Colombia (Expediente No.11937)

En demanda presentada el 9 de diciembre de 1994 contra el Municipio de Ibagué, la Universidad Nacional solicitó que se declarara que aquel ente territorial había incumplido el contrato No. 099 de 1993 y que consecuentemente se le condenara a pagar la suma de \$17.934.780, junto con los intereses corrientes y la respectiva indexación, y los perjuicios causados con el incumplimiento.

Pidió además que se declarara la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales el municipio declaró el incumplimiento del contrato y lo liquidó de manera unilateral.

2. Demanda del Municipio de Ibagué (expediente No. 12493)

El 7 de junio de 1995 el Municipio de Ibagué demandó a la Universidad Nacional de Colombia para que se declarara que ésta había incumplido el contrato No. 099 de 1993 y se le condenara al pago de los perjuicios causados con el incumplimiento, junto con las actualizaciones correspondientes.

3. Hechos

3.1 Hechos comunes de las demandas

El Municipio de Ibagué celebró con la Universidad Nacional de Colombia el contrato interadministrativo No. 099 el 5 de agosto de 1993, cuyo objeto consistía en “la implementación y actualización del plan de desarrollo municipal.”

El valor del contrato ascendió a la suma de \$29.891.300 que serían cancelados de la siguiente manera: El cuarenta por ciento (40%) a la firma y legalización del contrato, el treinta por ciento (30%) a la entrega del primer diagnóstico y el treinta por ciento (30%) restante a la entrega del informe final.

Del valor pactado sólo se canceló el cuarenta por ciento (40%) inicial.

Mediante las Resoluciones números 1184 del 14 de junio y 1300 del 1° de julio de 1994, el Municipio de Ibagué declaró el incumplimiento del contrato y lo liquidó, decisiones estas que fueron confirmadas mediante la Resolución No. 1928 del 7 de octubre de 1994.

3.2 Hechos expuestos por la Universidad Nacional

La Universidad Nacional actor afirma que el Municipio de Ibagué incumplió el contrato porque, habiéndose legalizado el 10 de agosto de 1993, el primer pago sólo se hizo hasta el 24 de septiembre de ese año.

Dice que también lo incumplió porque, no obstante haber entregado el borrador del Estudio del Plan de Desarrollo, el municipio no canceló el saldo del precio acordado.

Finalmente expresa que el hecho de haber creado unilateralmente el ente territorial un comité de seguimiento y evaluación para el contrato No. 099 de 1993, constituye una modificación de sus condiciones toda vez que está estableciendo una interventoría diferente a la prevista en el acuerdo.

3.3 Hechos expresados por el Municipio de Ibagué

Dice el municipio que el contratista pidió el 3 de febrero de 1994 una prórroga que, según concepto emitido por la Oficina Jurídica de la Secretaría de Planeación, no podía concederse porque el término de duración del contrato estaba vencido.

Manifiesta, además, que la Universidad no cumplió con el objeto contractual porque presentó los informes de manera extemporánea y sin las especificaciones técnicas requeridas, tal como lo conceptuó el Comité de Evaluación y Seguimiento creado mediante el Decreto No. 121 del 21 de febrero de 1994.

4. El trámite procesal

Admitidas que fueron las respectivas demandas, los procesos iniciaron su correspondiente trámite pero a solicitud del apoderado del Municipio de Ibagué, en auto del 12 de septiembre de 1996, se ordenó la acumulación de los procesos.

Puestos ya en un mismo estadio procesal, por medio de auto del 6 de mayo de 1998, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión.

II LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 14 de septiembre de 1998 el Tribunal decidió declarar la nulidad de las Resoluciones 1184 del 14 de junio, 1300 del 1º de julio y 1928 del 7 de octubre de 1994; condenar al Municipio de Ibagué al pago de la suma de \$37.607.000.84, y negar las otras pretensiones de las demandas.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Empieza el sentenciador de primera instancia por afirmar que resulta improcedente que el Municipio de Ibagué pretenda la declaración de incumplimiento del contrato, cuando ya de su parte hubo la expedición de sendos actos administrativos, el uno que declaraba el incumplimiento y el otro que realizaba la consecencial liquidación.

Dice que existió una actitud de tolerancia de las partes en la ejecución del contrato porque, según los hechos de las demandas, el Municipio de Ibagué canceló de manera tardía el anticipo y la Universidad Nacional entregó de manera extemporánea los informes a los que estaba obligado, comportamiento este que lleva a entender que no resulta trascendente el que una parte haya satisfecho lo

de su cargo por fuera de los términos si de la otra hubo aquiescencia expresa o tácita.

Agrega que como el municipio motiva la resolución que declara el incumplimiento en que el trabajo no cuenta con la calidad técnica exigida, se concluye que la tardanza en su entrega no fue en verdad la razón determinante.

Ahora, como los reparos a la calidad del trabajo provienen de un Comité de Evaluación creado unilateralmente por el municipio y no previsto en el contrato, le resulta entonces evidente al juzgador de instancia que las resoluciones que declaran el incumplimiento y liquidan el acuerdo son ilegales y por esta razón declara la nulidad de ellas.

El Tribunal finalmente, a título de restablecimiento del derecho, condena al municipio a pagar el saldo del precio pactado junto con la respectiva actualización pero no concede la indemnización de perjuicios.

III EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así decidido se alzó la Universidad Nacional De Colombia mientras que el Municipio de Ibagué guardó silencio.

Dice el recurrente que su inconformidad radica en que el Tribunal no condenó a pagar los perjuicios a pesar de estar demostrados.

Sustenta la alzada argumentando que en la responsabilidad contractual, a diferencia de la extracontractual, es suficiente con que se incumpla para que se causen los perjuicios y por consiguiente si se demuestra el incumplimiento el juzgador tiene el deber de fijar la cuantía de la reparación.

Dice, de otro lado, que en plenario obra una prueba pericial, oportuna y legalmente producida, en la que los peritos conceptúan que el valor de los perjuicios asciende al saldo del precio pactado por lo que estos están debidamente demostrados.

IV EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público pide que se confirme parcialmente la sentencia del Tribunal con fundamento en las siguientes razones:

Los actos administrativos que dieron por terminado el contrato y lo liquidaron son nulos porque el Municipio de Ibagué carecía de competencia para proferirlos, toda vez que las partes estaban en pie de igualdad por tratarse de un convenio interadministrativo y que por consiguiente ninguna de ellas podía arrogarse facultades excepcionales al régimen común.

La Universidad Nacional de Colombia incumplió el contrato porque sólo entregó hasta el diagnóstico y como no se demostró que este trabajo no fuera idóneo, sólo tiene derecho al pago del segundo instalamento pactado, esto es al 30% del total convenido, y no a la totalidad del saldo insoluto.

Como ninguna de las partes demostró que se le hubieran causado perjuicios no es posible reconocer en su favor indemnización alguna.

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

V CONSIDERACIONES

1 - De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 357 del C.P.C., aplicable en lo contencioso administrativo según se deduce del artículo 267 del C. C. A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo que es desfavorable al apelante y por ésta razón el *ad quem* no puede hacer más gravosa su situación si fue el único que se alzó contra la decisión.

Esta previsión no es cosa diferente al desarrollo de la garantía prevista en el inciso segundo del artículo 31 constitucional que manda que *“el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”*

En consecuencia, en estos casos, la competencia del superior se encuentra circunscrita a revisar lo que desfavorece al recurrente y que ha sido materia de su inconformidad.

Sin embargo, en aquellas hipótesis en que la sentencia es consultable, puede el *ad quem* hacer más gravosa la situación del apelante único porque se entiende que la consulta debe surtirse respecto de todo aquello que fue desfavorable a la entidad estatal condenada parcialmente pero que no apeló.

Como en este asunto la Universidad Nacional De Colombia es la única apelante de la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima y esta sentencia no es consultable por no haber impuesto una condena superior a 300 salarios mínimos legales vigentes en ese momento, la revisión en esta instancia se limitará a lo desfavorable a aquella y que ha sido motivo de sus reparos, esto es que el Municipio de Ibagué no haya sido condenado también a indemnizar los perjuicios causados con el incumplimiento.

Y considera la Sala que en este caso ya es aplicable el artículo 184 del C. C. A., en la nueva redacción que le dio el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, porque si bien el párrafo del artículo 164 de la citada ley dispone que *“mientras entran a operar los Juzgados Administrativos continuarán aplicándose las normas de competencia vigentes a la sanción de la presente ley”*, la interpretación sistemática

de esta disposición conduce a concluir que ella no rige para el grado jurisdiccional de consulta que eventualmente pueda surtirse ante el Consejo de Estado.

En efecto, los artículos 33 y siguientes de la Ley 446 de 1998 reglan las competencias en la jurisdicción contencioso administrativa, entre ellas las de los jueces administrativos, y recuérdese que al momento de empezar la vigencia de la citada ley aún no habían entrado a funcionar los juzgados administrativos, razón por la cual era razonable e indispensable mantener en los anteriores funcionarios las competencias que resultaren alteradas por la creación de un nuevo juzgador como lo es el Juez Administrativo.

Y es que la competencia del Consejo de Estado, en lo atinente a la consulta, no resulta alterada por la existencia de los jueces administrativos porque jamás una sentencia de estos será consultada ante aquel y mucho menos la del primero ante los segundos.

Luego, si la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos no modifica en nada la competencia del Consejo de Estado en lo concerniente al grado jurisdiccional de consulta, es evidente que el mencionado párrafo del artículo 164 de la Ley 446 de 1998 no es, ni puede ser aplicable, a la consulta que deba surtirse ante esta Corporación.

Es por todo lo anterior que no puede prohiarse la posición del Ministerio Público cuando solicita que se reduzca el monto de la condena que se impuso a favor de la Universidad Nacional De Colombia.

2 - La responsabilidad civil persigue la reparación del daño y es por esto que cuando de alguien se predica que es civilmente responsable, simplemente se está diciendo que debe reparar el daño causado.

El daño que ha de ser indemnizado puede derivarse, entre otras, de la transgresión del deber genérico del *neminem laedere* o del incumplimiento de un determinado deber de comportamiento que surgió de un acuerdo contractual.

Pero en uno y en otro caso, si la responsabilidad civil consiste en el deber de reparar el daño, se puede afirmar que por regla general no hay responsabilidad civil si no hay daño.

Así que entonces, generalmente, toda indagación sobre una responsabilidad civil debe comenzar precisamente por dilucidar si ha habido daño porque la inexistencia de este haría inútil la averiguación de los otros elementos de la responsabilidad.

3 - Si bien la responsabilidad contractual supone el incumplimiento esto no significa que aquella tenga por objeto el cumplimiento.

En efecto, son muchas las disposiciones que corroboran esta afirmación, como por ejemplo los artículos 1546 y 1594 del C. C. y 870 del C. Co., para citar sólo algunas, pues cumplir es satisfacer la prestación mientras que responsabilidad civil es obligación de reparar el daño.

Dicho de otra manera, para pedir el cumplimiento de una obligación es indispensable que ella sea exigible mientras que para derivar responsabilidad civil contractual es presupuesto el que la obligación haya sido incumplida pero, fundamentalmente, que este incumplimiento haya causado un daño.

En síntesis, en la responsabilidad contractual el incumplimiento es un presupuesto pero el cumplimiento no es su finalidad ya que su verdadero fin es la reparación del daño.

4 - Sin embargo, hay hipótesis excepcionales en las que se puede configurar la responsabilidad contractual aunque no haya habido daño tal como ocurre en la cláusula penal, en el cobro de intereses o en las arras confirmatorias penales.

Dice el artículo 1599 del C. C. que *“habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido*

beneficio”, disposición esta que en lo pertinente resulta aplicable al pacto atípico de las arras confirmatorias penales porque siendo una hibridación entre la cláusula penal y las arras, son de recibo las disposiciones legales de una y otra figura si son compatibles con la función del nuevo esquema negocial formado.

De otro lado, el numeral 2º del artículo 1617 del C. C. pregona que *“el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses...”*

Pero salvo estos puntuales y excepcionales casos, no puede haber responsabilidad civil contractual sin daño.

Ahora, como en la responsabilidad contractual el daño, excluyendo obviamente la prestación, es la merma patrimonial que se padece, las ventajas que se dejan de percibir y en muy raros casos la congoja o pena que se sufre, es evidente que un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediamente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

Por lo tanto no es cierto que basta con incumplir la obligación para que haya daño.

5 - Causar un daño, como ya se dijo, genera la obligación de repararlo pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente condene al deudor a su pago, 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 su cuantificación sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.

Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a su cuantía, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia y la magnitud de la lesión, la responsabilidad está irremediamente condenada al fracaso.

6 - La Universidad Nacional de Colombia dice que en la responsabilidad contractual, a diferencia de la extracontractual, es suficiente con que se incumpla para que se causen los perjuicios y por consiguiente si se demuestra el incumplimiento el juzgador tiene el deber de fijar la cuantía de la reparación.

Semejante argumentación riñe con la estructura de la responsabilidad contractual, como ya quedó suficientemente demostrado, y es por esto que no pueden ser de recibo tan simples y descaminados argumentos.

Debe entonces averiguarse si en este asunto aparece demostrado la causación de algún daño y su cuantía para, de ser así, adentrarse luego al análisis de los restantes elementos que configuran la responsabilidad contractual.

Si las probanzas recaudadas no enseñan el basamento del daño, será estéril cualquier otra consideración pues se impone el rechazo de la pretensión indemnizatoria que persigue la Universidad Nacional de Colombia.

7 - La Universidad Nacional de Colombia sostiene que en el expediente obra una prueba pericial, oportuna y legalmente producida, en la que los peritos conceptúan que el valor de los perjuicios asciende al saldo del precio pactado por lo que estos están debidamente demostrados.

La sola afirmación que hace la recurrente, cuando expresa que el valor de los perjuicios causados asciende al monto del saldo del precio pactado, ya es razón suficiente para concluir que no existe prueba alguna del daño.

En efecto, si el daño es la lesión que puede sobrevenir por la inejecución de la obligación, esto es por no satisfacer la prestación, mal puede entenderse que esta y aquel son lo mismo, maxime si se tiene en cuenta que la finalidad de la responsabilidad civil contractual es el resarcimiento del daño causado con el incumplimiento y no la consecución o satisfacción del objeto de la obligación.

Dicho de otra manera, quien pretende la prestación persigue el pago mientras que quien pretende responsabilidad civil contractual persigue la reparación del daño derivado del incumplimiento de la obligación.

Y el hecho de poder solicitar, por regla general, lo uno junto con lo otro, significa precisamente que son cuestiones distintas y no que prestación y daño sean lo mismo.

La experticia que obra en el expediente (Folios 72 a 74 cd.) y a la que se refiere la apelante da a entender que su objeto se reduce a que “...*el saldo insoluto del precio pactado se actualice con el índice de precios al consumidor...*” y al “...*interés de consolidación indemnizatorio (sic)...*”, lo que sencillamente significa que la opinión de los que rindieron el dictámen se circunscribió a la actualización monetaria del resto del precio adeudado y al cálculo de los intereses que capital produjo.

Con otras palabras, los peritos conceptuaron sobre la actualización monetaria de la prestación, junto con sus intereses, pero no sobre los daños que se hubieran podido causar con la inejecución de la obligación.

Luego, no es cierto, como lo quiere hacer ver la recurrente, que están probados los daños que ocasionó el incumplimiento.

No estando probado ningún daño, no podía hacerse condena alguna por este concepto y como quiera que el Tribunal Administrativo del Tolima así lo decidió, se sigue que la sentencia revisada debe confirmarse.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

Magistrado

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado Ponente

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - Declaratoria / DAÑO - Saldo insoluto. Daño antijurídico causado / ACCION CONTRACTUAL - Título de daño inrogado. Cumplimiento total de la obligación / ACCION CONTRACTUAL - Procedencia

En efecto, para el criterio mayoritario, según se desprende de los párrafos transcritos, el hecho de que en la demanda se formulen pretensiones en las que se reclama el saldo de un precio insoluto configuran un escenario propio de una pretensión de cumplimiento en lugar de una responsabilidad contractual. Discrepo del anterior planteamiento porque el hecho de que se solicite el pago del precio, en sede de la acción contractual, en sentido técnico significa que se está pretendiendo la declaratoria de responsabilidad contractual y el daño está delimitado por el porcentaje que no ha sido cancelado de la obligación principal. Por lo tanto, me aparto de la distinción o el matiz que se introduce en la providencia en tanto se puede prestar a equívocos ya que se da a entender la imposibilidad de reclamar, en sede de la acción contractual, el pago de un saldo insoluto a título de daño antijurídico causado. En ese orden de ideas, resulta acorde con el contenido y alcance de la acción contractual, solicitar a título de daño irrogado, el cumplimiento total de la prestación, sin que esta circunstancia haga que se mute la naturaleza de la pretensión y mucho menos que torne improcedente la acción impetrada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 73001-23-31-000-2001-01937-01(15800)

Actor: UNIVERSIDAD NACIONAL

Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien compartí la decisión adoptada el 31 de enero del año en curso, aclaro el voto en relación con un aspecto de la parte motiva:

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En el proveído señalado, frente al caso, en lo que concierne a la diferencia entre responsabilidad contractual y cumplimiento, se señaló:

“(...) 3. Si bien la responsabilidad contractual supone el incumplimiento esto no significa que aquella tenga por objeto el cumplimiento.

“En efecto, son muchas las disposiciones que corroboran esta afirmación, como por ejemplo los artículos 1546 y 1594 del C.C. y 870 del C.Co., para citar sólo algunas, pues cumplir es satisfacer la prestación mientras que responsabilidad civil es obligación de reparar el daño.

“Dicho de otra manera, para pedir el cumplimiento de una obligación es indispensable que ella sea exigible mientras que para derivar responsabilidad civil contractual es presupuesto el que la obligación haya sido incumplida pero, fundamentalmente, que este incumplimiento haya causado un daño.

“En síntesis, en la responsabilidad contractual el incumplimiento es un presupuesto pero el cumplimiento no es su finalidad ya que su verdadero fin es la reparación del daño.

“(...) La experticia que obra en el expediente (folios 72 a 74 cd.) y a la que se refiere el apelante da a entender que su objeto se reduce a que “... el saldo insoluto del precio pactado se actualice con el índice de precios del consumidor...” y al “interés de consolidación indemnizatorio (sic)...”, lo que sencillamente significa que la opinión de los que rindieron el dictamen se circunscribió a la actualización monetaria del resto del precio adecuado y al cálculo de los intereses que capital produjo.

“Con otras palabras, los peritos conceptuaron sobre la actualización monetaria de la prestación, junto con sus intereses, pero no sobre los daños que se hubieran podido causar con la inejecución de la obligación.

“(...)” (página 12 y 13).

2. Razones y fundamentos de la aclaración

Me aparto, de manera muy respetuosa desde luego, de las afirmaciones transcritas, con fundamento en las siguientes consideraciones:

2.1. En el caso concreto las pretensiones, al margen de lo probado en el proceso – tal y como quedó reflejado en la parte resolutive– sí correspondían a un escenario típico de responsabilidad contractual.

En efecto, para el criterio mayoritario, según se desprende de los párrafos transcritos, el hecho de que en la demanda se formulen pretensiones en las que se reclama el saldo de un precio insoluto configuran un escenario propio de una pretensión de cumplimiento en lugar de una responsabilidad contractual. Discrepo del anterior planteamiento porque el hecho de que se solicite el pago del precio, en sede de la acción contractual, en sentido técnico significa que se está pretendiendo la declaratoria de responsabilidad contractual y el daño está delimitado por el porcentaje que no ha sido cancelado de la obligación principal. Por lo tanto, me aparto de la distinción o el matiz que se introduce en la providencia en tanto se puede prestar a equívocos ya que se da a entender la imposibilidad de reclamar, en sede de la acción contractual, el pago de un saldo insoluto a título de daño antijurídico causado. En ese orden de ideas, resulta acorde con el contenido y alcance de la acción contractual, solicitar a título de daño irrogado, el cumplimiento total de la prestación, sin que esta circunstancia haga que se mute la naturaleza de la pretensión y mucho menos que torne improcedente la acción impetrada.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra