



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC1962-2022

Radicación n° 11001-31-03-023-2017-00478-01

(Aprobada en sala del 12 de mayo de 2022)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Construcciones Colombianas OHL S.A.S. y OHL Colombia S.A.S. frente a la sentencia de 3 de septiembre de 2020, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal de las recurrentes contra Géminis Consultores Ambientales S.A.S. y Seguros Confianza S.A.

I.- EL LITIGIO

1. Las accionantes, en calidad de integrantes del Consorcio OHL Río Magdalena, pidieron declarar que Géminis Consultores Ambientales S.A.S. incumplió el contrato de prestación de servicios celebrado el 19 de mayo de 2005 con OHL Colombia S.A.S., posteriormente cedido al Consorcio OHL y que, por tanto, la terminación unilateral

que este efectuó el 29 de enero de 2016 fue válida (pretensiones 1ª y 2ª).

En consecuencia, condenarla a pagarle \$662'557.478 por daño emergente, liquidado con base en la cláusula penal y, a título de lucro cesante, los intereses comerciales generados sobre ese monto (pretensiones 3ª y 4ª). En su defecto, \$132'934.272 por daño emergente, que corresponde a lo que sufragó a los trabajadores contratados por Géminis para la ejecución del pacto, así como \$508'919.461 por la diferencia entre el valor total amortizado y lo efectivamente desarrollado por la contratista y, por lucro cesante, los réditos mercantiles de esas sumas (pretensión 4ª subsidiaria); así como declarar que son válidas las multas impuestas por su incumplimiento, a partir del 20 de octubre de 2015, o desde que se establezca, hasta el 29 de enero de 2016 cuando le notificó la terminación del acuerdo y reconocer \$1.392'472.320 por tal concepto, más indexación (pretensiones 6ª, 7ª y 8ª).

Frente a la Aseguradora instaron declarar que ocurrió el siniestro cubierto con la póliza que amparaba el «*cumplimiento del contrato*» y condenarla a saldarle al consorcio, en condición de asegurado y beneficiario, la cláusula penal, más intereses (pretensión 5ª) o el valor de los perjuicios que sean demostrados, sin exceder la cobertura (pretensión 5ª subsidiaria) (fls. 1640 a 1645, cno. 1.4).

Expusieron que entre OHL Colombia S.A.S., y Géminis Consultores Ambientales S.A.S. se celebró contrato de prestación de servicios en el que esta última se obligó a

producir un conjunto de documentos técnicos necesarios para la tramitación de las licencias y permisos requeridos por el Estado en la construcción del proyecto Autopista Río Magdalena, a cambio de \$3.312'787.392 pagaderos por hitos, en la medida que entregara satisfactoriamente los estudios y soporte de su radicación ante la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA).

Esa labor se circunscribía a la realización de los Estudios de Impacto Ambiental (*en lo sucesivo EIA*) y los Programas de Adaptación de la Guía de Manejo Ambiental (*en adelante PAGAS*) del «*Proyecto Autopista Río Magdalena 2: Remedios (Otú) – Alto de Dolores – Puerto Berrío – Variante Puerto Berrío*» que debía ejecutar en doce (12) meses, para lo cual se pactó la póliza No. 05 CU091381 que cubría los riesgos de incumplimiento de la contratista y de no pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a su cargo.

Al acreditarse la observancia del primer y segundo hito, el contratante le pagó \$1.530'736.233 y el 7 de octubre de 2015 cedió su posición al Consorcio OHL Río Magdalena, conformado por Construcciones Colombianas OHL S.A.S. y OHL Colombia S.A.S., lo que hizo necesario modificar la póliza para sustituir al asegurado y beneficiario y dio lugar al otro sí No. 1 de 5 de noviembre de 2015 en el que se acordó adelantar el 50% del tercer pago para cubrir las obligaciones a favor de los trabajadores, colaboradores y proveedores contratados por Géminis, a quien se le desembolsó por ese anticipo \$486'918.109 que sería descontado del pago No. 3.

El 20 de octubre de 2015 el Consorcio, en uso de la

cláusula octava del contrato, multó a la contratista, le impuso multas y exigió atender las obligaciones principales que las generaron, lo cual dio lugar a que esta hiciera unas entregas parciales, cuya verificación se realizó en reunión de trabajo de 13 de noviembre de 2015, sostenida entre las partes, los representantes de la ANI, el Consorcio Autopista Río Magdalena y los interventores, quienes constaron que los EIA y los PAGA estaban incompletos, ante lo cual se acordó una nueva fecha de entrega, por lo que en las semanas siguientes Géminis las realizó de forma parcial, pero en sesión de 21 de diciembre de 2015 se vio su incompletitud.

De forma concomitante celebraron el otro sí No. 2 el 3 de diciembre de 2015 para adelantar \$362'000.000 del cuarto pago del contrato, con el fin de solventar a los trabajadores, colaboradores y proveedores contratados por Géminis; empero, el 29 de diciembre siguiente esta realizó reclamación al Consorcio para que asumiera costos adicionales de personal y logístico por \$1.541'216.600 por lo que llamó falta de información de ingeniería que, según dijo, le debía ser suministrada para atender sus deberes contractuales.

Entre el 4 y el 7 de enero de 2016 las partes se imputaron incumplimientos recíprocos; el 12 de enero el Consorcio le dio traslado a Géminis de una queja interpuesta ante la ANI por un subcontratista por falta de pago; dos (2) días más tarde le hizo saber que no se estaba realizando el trabajo de campo de prospección arqueológica suspendido desde el 20 diciembre de 2015, el 20 de enero siguiente le

trasladó ocho (8) quejas de empleados y subcontratistas, presentadas ante la ANI por el impago de las obligaciones asumidas con ellos, lo que indica que infringió múltiples obligaciones, pues no entregó a tiempo el «*Estudio de Impacto Ambiental de la Segunda Calzada*», los inventarios forestales, los trabajos de arqueología, tampoco canceló los salarios y prestaciones sociales del personal que vinculó para el cumplimiento del objeto contractual, ni gestionó en debida forma el permiso que debía conceder el Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH- para el desarrollo de un segmento del Proyecto.

Por todo ello, el Consorcio terminó unilateralmente el contrato el 29 de enero de 2016, lo cual le da derecho a reclamar los *ítems* estipulados en caso de incumplimiento de la otra parte y los demás gastos generados por las fallas denunciadas [fls. 1484 a 1566, Cuaderno 1 Tomo IV], pues, ante la inejecución parcial del pacto, tuvo que contratar con otras empresas para terminar la obra, lo que hizo posible que en agosto de 2016 obtuviera las licencias ambientales que debía presentar a la ANLA para su aprobación.

Desde el 16 de febrero de 2016, hasta el 19 de julio de ese año, la aseguradora y el Consorcio cruzaron comunicaciones sobre el siniestro en razón al impago, por parte de Génesis, de las deudas laborales a sus trabajadores; desde el 18 de mayo hasta el 4 de octubre de 2016 cursó procedimiento sancionatorio de la ANI contra el Concesionario Autopista Río Magdalena S.A.S, contratante del Consorcio por el no pago de las obligaciones laborales y

contractuales asumidas por Géminis, que terminó con auto de 4 de octubre de ese año, debido a que aquel atendió las prestaciones frente a más de los 100 subcontratistas y trabajadores de aquella, adeudados al 28 de marzo de 2016, por lo que se subrogó como acreedor de esos créditos.

2. Géminis Consultores Ambientales S.A. alegó *«ineptitud sustantiva de la demanda ante la existencia de una decisión previa de incumplimiento por parte del demandante que impone nuevamente ser declarada judicialmente»*, así como *«inexistencia de incumplimiento de Géminis Consultores, toda vez que al momento de la terminación unilateral el contratista se encontraba dentro del marco de un plazo estimado y flexible que no había sido modificado»*, *«ilegalidad de la terminación unilateral del contrato por falta de cumplimiento de los presupuestos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para el ejercicio de tal prerrogativa»*, *«contrato no cumplido»* e *«inexistencia de perjuicios alegados»* [fls. 2215 a 2268, cno 1 T. V].

Seguros Confianza S.A. planteó *«ausencia de prueba de siniestro y su real cuantía imputables al garantizado»*, *«inexigibilidad de las cláusulas penales y de multas con cargo al seguro por expresa exclusión»*, *«inexigibilidad de anticipo o pago anticipados o perjuicios por dineros entregados al contratista en virtud de acuerdos no garantizados por la aseguradora»*, *«agravación del estado del riesgo, consecuente inexigibilidad del seguro por terminación»*, *«inexigibilidad del amparo de salarios por pago del directo empleador e inexigibilidad de perjuicios por pagos del actor a subcontratistas o proveedores del contratista»*, *«reducción de la indemnización»*, *«aplicación del principio indemnizatorio legalmente impuesto por el artículo 1089 del Código de Comercio, consecuente afectación del seguro en su amparo de cumplimiento, en proporción a la parte incumplida»*, *«máximo valor asegurado»* e *«inexistencia de intereses moratorios»* [fls. 1873 a 1890, c. 1 T. IV].

3. El Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, el 11 de diciembre de 2019, terminó el proceso frente a la Aseguradora, en razón a la conciliación celebrada con las gestoras y, en esa misma calenda, dictó sentencia desestimatoria de las aspiraciones planteadas respecto de Géminis Consultores Ambientales S.A.S.

4. El Tribunal, al desatar la alzada interpuesta por las accionantes, confirmó esa decisión con estribo en que estas carecen de legitimación para ejercer la *«pretensión resarcitoria derivada de la responsabilidad contractual»*, porque el consorcio no tiene la calidad de contratantes cumplido.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Solo el contratante cumplidor o que se hubiese allanado a hacerlo puede demandar perjuicios derivados de la responsabilidad civil contractual, según el artículo 1609 del Código Civil y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, las accionantes carecen de él, toda vez que el Consorcio OHL no suministró a Géminis Consultores Ambientales S.A.S. la información que, de acuerdo con lo pactado, debía entregarle previamente para que emprendiera su laborío, según lo indican las comunicaciones que Géminis le remitió el 3 y 11 de septiembre de 2015, así como las Actas de reunión de 31 de agosto y 1° septiembre de ese año.

Las pruebas que, según la actora, acreditan que

suministró esa información no tienen ese mérito. Por un lado, la confesión *ficta* respecto a que el Consorcio honró sus débitos, generada por la renuencia de Géminis a exhibir los documentos solicitados en la contraparte, fue infirmada por los anteriores medios de juicio, y por otro, aunque el peritaje aportado por las recurrentes concluyó que *«la información entregada por OHL fue la necesaria y suficiente para que Géminis pudiera llevar a cabo los estudios ambientales contratados»*, carece de fuerza demostrativa, debido a que sus autores no explicaron los métodos y documentos que tuvieron en cuenta para llegar a esa conclusión y, en todo caso, consignaron que la demandante no puso a disposición de Géminis la información necesaria para realizar los estudios contratados.

No es procedente aplicar la providencia a través de la cual la Corte *«modificó la postura en cuanto a que el contratante incumplido podía demandar la resolución del contrato»* (SC1662-2019) porque *«las acciones de resolución del contrato previstas en el artículo 1546 del Código Civil y la de reclamación de perjuicios derivados de un incumplimiento son distintas»* y en este caso se ejerció esta última, aunado a que la sentencia no habilitó al contratante incumplido a exigir perjuicios y carece de asidero la pretensión enfilada a que se declare la validez de la terminación unilateral del contrato, ya que, si bien la convención le otorgaba esa facultad, la misma está reservada a la parte cumplidora o que se allanó a atender sus deberes.

III.- DEMANDA DE CASACIÓN

Las impulsoras plantaron cinco cargos, pero en CSJ AC5808-2021 la Sala inadmitió el primero y el segundo, al tiempo que el Magistrado ponente les dio curso a los demás, que serán resueltos en el orden en que fueron propuestos.

CARGO TERCERO

Acusa la infracción indirecta de la ley sustancial por falta de empleo de los artículos 1544, 1546 y 1594 del Código Civil e indebida aplicación del 1609 ibídem, a causa de yerros de hecho en la apreciación de la demanda.

Explica que el Tribunal erró cuando entendió que el incumplimiento imputado a Géminis fue por todas las situaciones narradas en el libelo (*falta de entrega oportuna del Estudio de Impacto Ambiental de la segunda calzada, de los inventarios forestales, los trabajos de arqueología, la indebida gestión del permiso del ICANH y el no pago de salarios a trabajadores*) y por eso las despachó en bloque, a pesar que se pidió «*por una, varias o todas*» ellas; luego, desconoció que fueron diversas las infracciones y que no estaban correlacionadas con la información de la que hizo depender la totalidad de los deberes de su contraparte.

Concluyó que no se formuló la acción de resolución del artículo 1546 del Código Civil, al decir que «*las acciones de resolución del contrato previstas en el artículo 1546 del Código Civil*

y la de reclamación de perjuicios derivados de un incumplimiento son distintas», a pesar de que sí fue propuesta al indicar que «en cuanto a la facultad de terminación unilateral del contrato por incumplimiento son aplicables los artículos 1546, 2066 del Código Civil y el artículo 870 del de Comercio».

No distinguió entre la pretensión relativa a las multas y las demás planteadas, pues infirió que pidió aquellas de forma subsidiaria por la terminación del contrato, aun cuando las invocó de forma principal al requerir la convalidación judicial de su imposición durante la ejecución del convenio, yerro que lo condujo a desestimarlas junto a las otras, por falta de legitimación en la causa, dejando de aplicar el artículo 1594 Civil que habilita su reclamo por el simple retardo del deudor en sus obligaciones.

A causa de ello, pasó por alto los artículos 1544 y 1546 del Código Civil en cuanto a la terminación de un contrato; así como el 1594 *ibíd.*, pues, tras apreciar de forma indebida las pretensiones, concluyó que lo reclamado de la sexta a octava eran perjuicios, sin ser ello cierto, al paso que aplicó indebidamente el artículo 1609 *ibidem*, pues inobservó la falta de correlatividad entre las prestaciones a cargo del contratante (el consorcio) que vio insatisfechas y las denunciadas como incumplidas por la contratista (fls. 53-60).

CONSIDERACIONES

1. La demanda judicial es el acto procesal de parte que

fija los hechos y las pretensiones del accionante, tanto así que, junto con las excepciones del contradictor, determina, por regla general, las fronteras de la decisión.

Por ello, al apreciar tal pieza, el juez debe ser fiel a su contenido, pues si la tergiversa, cercena y le hace decir lo que no expresa, incurre en error de hecho que, en cuanto sea manifiesto, es decir, colosal y paladino, así como trascendente, según haya incidido en la decisión, conduce al quiebre de la sentencia.

Sin embargo, para que un cargo de ese calibre se abra paso en casación no basta con demostrar que el entendimiento del Tribunal es extraño al que debía obtener de la demanda, sino que debe evidenciarse que este último era el único posible, ya que si el de aquel también era factible ningún yerro habrá o no será ostensible y deberá respetarse, entonces, la discreta autonomía del juzgador de instancia en lo atinente a la comprensión que haya hecho del litigio.

Al respecto, en CSJ SC2503-2021 se reiteró que

(...) el error del juez en la apreciación de la demanda ha de ser manifiesto, prístino o evidente pues si “no es de esta naturaleza, prima facie, si para advertirlo se requiere de previos y más o menos esforzados razonamientos, o si se manifiesta apenas como una posibilidad y no como una certeza, entonces, aunque se demuestre el yerro, ese suceder no tendrá incidencia en el recurso extraordinario.” (CXLII, 242).

Igualmente es menester la naturaleza inobjetable e indudable del yerro, o sea, no debe prestarse a duda, de tal manera que la única interpretación admisible sea la del censor, en tanto, “donde hay duda no puede haber error manifiesto” (LXVIII, 561, CCXII, p. 113 y CCXXXI, p. 704) y no basta con “ensayar simplemente (...) un

análisis diverso del que hizo el Tribunal para contraponerlo al de éste. Porque no es suficiente hacer un examen más profundo o sutil, para que se pueda lograr la modificación de las apreciaciones que el ad quem haya hecho en su sentencia” (CCXVI, p. 520) y “cuando uno de los hechos afirmados en la demanda incoativa del proceso, ya sea que se le considere aisladamente o ya en conjunto con otro u otros para su definición jurídica, ofrece dos o más interpretaciones lógicas, ninguna de las cuales desborda el objetivo de dicho libelo, puede el sentenciador elegir una u otra, sin que su conducta implique error de hecho manifiesto porque tal proceder no entraña arbitrariedad, ni contradice la evidencia que ese escrito ostenta” (CLII, 205), prevaleciendo “el amplio poder de interpretación que en este ámbito el ordenamiento positivo les reconoce a los juzgadores (...), no solamente para que desentrañen la verdadera intención del demandante en guarda del principio según el cual es la efectividad de los derechos subjetivos el fin que a través de aquél escrito [demanda] se busca, sino también para que libremente determinen y declaren las normas aplicables a los hechos integrantes del objeto demandado cuya certeza de antemano ha sido verificada en el fallo” (CCXXXI, p. 704 y SC 27 ago. 2008, rad: 1997-14171-01) (subraya intencional)¹.

2. La censura indica al Tribunal de establecer que el éxito de la demanda dependía de que se acreditaran todas las desatenciones endilgadas a la contratista, aun cuando era suficiente con que se verificaran algunas o, al menos, una de esas circunstancias, así como de inadvertir que también se incluyó la acción de resolución del artículo 1546 del Código Civil respecto de la pretensión que buscó validar la terminación unilateral del contrato, y de inferir, contra toda evidencia, que las súplicas sobre multas eran eventuales, a pesar de ser principales.

Fracasa la acusación porque una parte incurre en desenfoco y la otra no demuestra los errores alegados, como pasa a ser expuesto.

¹ También se puede consultar CSJ SC de 14 de oct. de 1993, Exp. 3794, CSJ SC de 19 de sept. de 2009, Rad. 2003-00318-01 y SC1905-2019, entre otras.

Frente a lo primero, el embate acusa al Tribunal de entender que para el triunfo de la acción era necesario probar todos los supuestos de incumplimiento imputados a Géminis, aunque bastaba con al menos uno; sin embargo, ese planteamiento resulta asimétrico, toda vez que no fue esa la razón por la que ese fallador desestimó las súplicas, sino porque encontró que OHL infringió delantadamente sus obligaciones al no haberle suministrado a la contratista la información que debía entregarle previamente para que esta emprendiera su laborío, y que, por tanto, ese hecho le impide invocar cualquiera de las faltas que le endilga.

Tal panorama indica que no hay concordancia entre el fundamento de la acusación y el razonamiento de la sentencia combatida, por lo que la arremetida resulta inidónea para socavar la presunción de legalidad y acierto de que está revestida tal determinación judicial.

Al efecto, en CSJ SC3644-2021 se recordó:

Todos los cargos que se propongan en casación, con respaldo en la primera de las causales que sirven a dicho recurso extraordinario [actualmente, con fundamento en los dos motivos iniciales previstos en el artículo 336 del Código General de Proceso, se aclara por la Sala], deben ser una crítica simétrica al fallo que controvierten, de modo que, con su formulación, es necesario que resulten desvirtuados en su totalidad los genuinos fundamentos en los que ellos se respaldan.

(...) Esa correspondencia entre los argumentos que sustenten, de un lado, la sentencia cuestionada y, de otro, las específicas falencias que por la indicada vía se denuncien en desarrollo de la impugnación extraordinaria de que se trata, para los efectos de esta última, se desdobra en dos requisitos puntuales: en primer lugar, la completitud del cargo, que traduce la necesidad de que no se deje

por fuera del ataque ninguno de los pilares esgrimidos por el juzgador de instancia; y, en segundo término, el adecuado enfoque de las censuras, esto es, que ellas versen sobre los verdaderos motivos que soporten el proveído generador de la inconformidad, y no sobre unos que no tengan tal carácter, surgidos de su inadecuada comprensión por parte del recurrente o de la inventiva de éste (CSJ, SC del 26 de marzo de 1999, Rad. n.° 5149 y SC 18563- 2016).

Por otra parte, observa la Corte que cuando la parte impulsora subsanó el libelo y atendió los requerimientos que el *a quo* le exigió, consistentes en ajustar, precisar y concretar sus «pretensiones (...) teniendo en cuenta la clase de acción que se pretende incoar»², indicó puntualmente³:

*Con el fin de subsanar la informalidad evidenciada por el H. Juez, con el presente memorial adjunto el escrito de demanda, en cuyo capítulo "II. PRETENSIONES", el H. Juez encontrará las pretensiones debidamente adecuadas, precisadas y concretadas teniendo en cuenta que **el trámite judicial se refiere a un proceso declarativo verbal de mayor cuantía de responsabilidad civil contractual** iniciado en contra de GEMINIS CONSULTORES AMBIENTALES S.A.S, **con el fin de obtener el valor total de los perjuicios derivados del incumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios** celebrado el 19 de mayo de 2015, con acumulación de pretensiones en contra de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. -SEGUROS CONFIANZA S.A., con el fin de hacer efectiva la Póliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Particulares No. 05 CU091381, por la ocurrencia del siniestro derivado del referido incumplimiento. (se resalta).*

Fue por ello que, en el auto de 31 de julio de 2017, al admitir la demanda, ese juzgador expresó que el caso era de responsabilidad civil contractual (fl.1740, cno.1.4), sin que las partes protestaran ese pronunciamiento, que adquirió firmeza, lo que significa que desde esa perspectiva asumieron la disputa; luego, tal panorama deja a salvo la comprensión

2 Folio 1570, cno. 1.4.

3 Folios 1640-1645 y 1735 a 1739, cno. 1.4.

que realizó el Tribunal cuando dilucidó que se trataba de un juicio indemnizatorio de orden contractual y desde ese ámbito zanjó las súplicas sobre perjuicios, sin que fuera necesario interpretar tal pieza de postulación, dado que esta muestra, y con suficiente claridad, su verdadero propósito.

También se constata que frente a la pretensión dirigida a que se declarara la validez de la terminación unilateral del contrato por parte del Consorcio, el Tribunal indicó:

Tampoco tiene recepción la pretensión enfilada a declarar la validez de la terminación anticipada unilateral del contrato por incumplimiento de las obligaciones, por cuanto si bien las cláusulas que confieren esa facultad son permitidas para finiquitar una convención ipso iure sin necesidad de declaración judicial ex ante, están reservadas a la parte cumplida o presta a la satisfacción de sus deberes negociales, exigencia que no tienen los accionantes, como se dijo en líneas anteriores.

Esa hermenéutica no luce reprobable, pues si el *ad quem* determinó que OHL omitió acreditar que satisfizo o se avino a cumplir sus deberes al tenor del programa obligacional convenido⁴, es claro que esa deducción marcó el rumbo de la decisión, sobre todo porque dicho consorcio debía justificar su proceder frente al contrato, al ser quien le puso fin de forma anticipada, de ahí la intrascendencia del reparo consistente en que dicho elemento debía ser evaluado en el ámbito de la resolución contractual y no en el de la responsabilidad civil, pues en cualquiera de ellos tenía que ser acreditado, luego, su ausencia llevaba al mismo resultado.

⁴ CSJ SC 29 ago.1984. G.J. T. CLXXVI n.º 2415, pág. 225 A 229.

Lo anterior es axiomático porque si OHL buscaba validar judicialmente la terminación que de forma unilateral hizo del negocio bilateral ajustado con Géminis, proceder que se fundó en el incumplimiento de las obligaciones a cargo de esa contratista, como así lo solicitó en las pretensiones primera y segunda, no hay duda que el artículo 1609 del Código Civil lo compelia a demostrar que fue cumplidor de sus deberes o que estuvo dispuesto a honrarlos en la forma y términos pactados⁵, al no haber ninguna razón de hecho ni de derecho que lo eximiera de justificar tal situación.

Sobre tal punto, en CSJ SC 30 ago. 2011, rad. 1999-01957-01, esta Corte precisó:

(...) la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa, está reservada estrictamente a la parte cumplida o presta a cumplir, pues repugna a claros dictados éticos que, la incumplida o renuente al cumplimiento, pretenda favorecerse con su propio incumplimiento. De igual manera, su ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución.

Ahora, como el fundamento medular del sentenciador, según el cual OHL no acreditó ser cumplidor o haberse allanado a efectuar sus compromisos, fue envolvente y totalizador al haber irradiado sus efectos sobre toda la plataforma fáctica del litigio, quiere decir que tal razonamiento les cerró la puerta a todos los fundamentos de la demanda, incluidos los que le daban sustento a las

5 CSJ SC4801-2020.

súplicas sobre multas, al margen de que estas fueran principales o eventuales, de ahí la sinrazón que rodea esta parte de la acusación.

Quedan así desvirtuados los errores de *facto* achacados al Tribunal frente a la apreciación de la demanda, pues no es cierto que la distorsionó en lo referente a la autonomía de las infracciones atribuidas a la encartada, ni respecto de la naturaleza de la vía entablada, como tampoco en lo atinente a las multas, pues su decisión fue coherente con lo esbozado en torno a cada uno de esos aspectos, solo que, tras colegir que OHL incumplió primero, concluyó que ello le impedía terminar el contrato, así como exigir perjuicios y demás conceptos pedidos, lo que deja sin bases a la arremetida.

3. Por tanto, naufraga el ataque.

CARGO CUARTO

Acusa la infracción indirecta de la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 1544, 1546, 1594, 1615, 1613, 1610, 1608 del Código Civil, 867 y 870 del de Comercio, a causa de error de hecho al valorar las pruebas y de concluir que OHL debía entregarle primero a Géminis información para que ejecutara las obligaciones reputadas como vulneradas, que esa prestación no satisfizo y que el aquel no fue cumplidor, para lo cual aduce que el Tribunal:

a). Deformó el contenido del contrato de prestación de servicios de 19 de mayo de 2015 y sus anexos (*Términos de*

referencia, oferta técnica y plan de trabajo) al indicar que la entrega por parte de Géminis del EIA, los PAGA'S de las calzadas y unidades funcionales, así como la obtención de permisos ante el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), la elaboración de trabajos arqueológicos, la realización de reuniones de seguimiento y el pago de prestaciones a su personal, dependían de que OHL le suministrase primero información necesaria (*investigaciones geotécnicas, información técnica a nivel conceptual, información a nivel de factibilidad*), sin que tal conclusión brote de tales piezas.

Ello es relevante porque dichos documentos no indican qué relación había entre la información a cargo de OHL y la obligación que tenía Géminis de pagar salarios. Sin tal desacierto, se habría colegido que algunos deberes de esta ninguna dependencia tenían con el suministro de información primigenia a cargo del contratante y que, por tanto, este sí podía pedir la resolución y perjuicios.

b). Pretirió el acta de reunión de 31 de agosto y 1 de septiembre de 2015 (fls. 376-380, c.1), pues solo tuvo en cuenta su capítulo VII referente al EIA y dejó de ver que había otras prestaciones a cargo de la contratista (*obligación de entregar trabajos de arqueología y los inventarios forestales*) que debían satisfacerse en fechas determinadas, sin esperar que OHL le entregara información, yerro trascendente porque sin él se habría concluido que el Consorcio sí podía solicitar la declaración de incumplimiento y también perjuicios.

c). Cercenó parte de la comunicación de 3 de septiembre

de 2015, emitida por Géminis cuyo receptor fue OHL porque de ella extrajo que el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la primera dependía de que la segunda honrara primeramente sus compromisos, sin advertir que un apartado de ese escrito le permitía ejecutar las prestaciones a su cargo, aun sin que la contratante le entregara la información allí requerida.

d). Torció las seis (6) comunicaciones de 11 de septiembre de 2015, pues, al referirse a los documentos obrantes a folios 409, 411 y 414 del cuaderno 1, que hacen parte de esas piezas, supuso su contenido cuando al fijarse en aquellos apartes en que Géminis indica su preocupación al no recibir una información, entendió que ello era necesario para cumplir todas sus obligaciones, sin ser cierto (*la información requerida nada tenía que ver con pago de salarios, ni con la entrega de inventarios forestales o de trabajos arqueológicos*), compromisos que podían ser ejecutados sin tal información.

e). Erró al concluir que los documentos visibles a folios 376, 380, 391, 409, 411 y 414 del cuaderno 1, infirman la confesión ficta generada por la renuncia de la convocada a exhibir las piezas que requirió la accionante, y que corresponden al acta de reunión de 31 de agosto y 1 de septiembre de 2015 y las comunicaciones de 3 y 11 de noviembre del mismo año, a pesar que no logran ese cometido, conforme se extrae al comparar los hechos que dio por admitidos y lo que consta en esas probanzas en cuanto a que OHL cumplió y que la contratista lo infringió, luego el

fallador torció el contenido de esos documentos.

El acta de reunión de 31 de agosto y 1 de septiembre de 2015 contiene varios títulos de los cuales se desprende que Géminis podía entregar ciertos hitos del trabajo (inventarios forestales y trabajos arqueológicos), y que había otros tantos para los que requería información (EIA Segunda Calzada), sin que en ella se haga alusión al pago de salarios a los trabajadores, ni se desvirtúa la infracción de esta prestación.

Solo una de las seis (6) comunicaciones de 11 de septiembre de 2015 da cuenta que Géminis entregó un EIA de la Unidad Funcional 4-UF Variante de Puerto Berrío; empero, ese estudio es diferente al EIA sobre el que versa la pretensión de OHL (*EIA Segunda Calzada*) y lo que allí se indica frente a la supuesta falta de entrega de información por la contratante no le impedía a aquella cumplir con lo que podía realizar; además, tampoco se alude al pago de salarios, pero aun así el Tribunal infirió de ellas que el Consorcio carecía de la posibilidad de demandar el incumplimiento contractual y sus consecuencias porque no había dado información, a pesar que había compromisos que nada tenían que ver con tal aspecto, como lo son el pago de salarios y otros que, aunque guardaban relación con el deber de la contratante (*EIA Segunda Calzada, Inventarios Forestales, trabajos arqueológicos*), podían ser honrados por Géminis con la información que tenía a su alcance, así fuese con advertencias.

f). Tergiversó el peritaje que allegó la accionante para

justificar que sí le dio a la contratista la información requerida para cumplir sus obligaciones, pues entendió que ese trabajo no indicó el método o examen utilizado por los expertos, de ahí que cercenó el contenido de esa prueba, toda vez que en ella sí se expuso la metodología usada (*la revisión de los documentos generados durante la ejecución de los contratos celebrados por el consorcio OHK Río Magdalena*) y, adicionalmente, se explicó cuáles fueron los documentos analizados, contrario a lo que observó el fallador, tanto así que fueron entregados al Juzgado en un CD.

Adicionalmente, el *ad quem* indicó que el dictamen no precisó los datos que reposan en el estudio de factibilidad que permitían a Géminis atender sus obligaciones, a pesar de que tal información sí fue incluida, conforme consta a folios 62 a 65 del dictamen pericial (fl. 2435 reverso a 2437, c. 1, t. VI), lo que demuestra que cercenó esa prueba.

Si bien el peritaje indicó que hubo información que OHL no dio a Géminis, lo cierto es que también expuso que era de ingeniería de detalle y no a nivel de factibilidad, por lo que su ausencia no le impedía a esta atender sus débitos, tal como consta a folios 82 y 83 de la prueba (fls. 245 reverso y 2446, c.1, tomo VI), contrario a lo que dedujo el sentenciador que entendió que ello la imposibilitó para desarrollar, realizar y cumplir con los estudios contratados, luego también adicionó tal medio la hacerlo decir lo que no revela, lo que significa que torció su contenido.

g). Desatinó al apreciar los documentos que, aunque no

citó, dijo haber valorado, pues expresó que de los soportes incorporados por las impulsoras se extrae que después de realizada aquella reunión y antes que venciera el plazo otorgado a Géminis para entregar los EIA de la segunda calzada y los inventarios forestales (8 oct. 2015), las accionantes ya habían desatendido la obligación de suministrar la información a su contraparte, lo que hace suponer que valoró las 388 piezas que corresponden a las seis (6) comunicaciones antes referidas en el ataque y que cercenó parte de su contenido, así:

(i) La sección del plan de trabajo que establece como hito precedente al inicio de las actividades de Géminis que el contratante le haya entregado la información a nivel de factibilidad, pues en disposición que por esa vía fue incorporada al contrato y que es constitutiva del anexo 3, se estableció la iniciación de las obras por la contratista, lo que indica que ya tenía los diseños a nivel de factibilidad, según aparece en las secciones 1.4 y 2.4 del anexo No. 3.

Luego, le cercenó al plan de trabajo el elemento del cual se deduce que el contratista inició sus actividades en razón a que OHL le entregó la información necesaria a nivel de factibilidad, contrario a lo que se dijo en la sentencia.

(ii) El acta de 24 de septiembre de 2015 hace constar que a causa de los incumplimientos a lo acordado en el acta de 31 de agosto y 1 de septiembre de 2015 se fijaron nuevas fechas con el consentimiento de la contratista, pero aun así se entendió que para el 3 y 11 de septiembre de 2015 la

contratante ya había desatendido su deber de proporcionar información a la otra parte, lo que indica que cercenó dicha acta aun cuando muestra que después de esas datas Génesis acordó nuevas fechas para entregar los productos, de ahí que ya tenía los datos necesarios para cumplir tal labor.

(iii) Las misivas posteriores al 11 de septiembre de 2015 que indican cómo la contratista tenía la información necesaria para atender sus obligaciones, tanto así que después de la reunión del 1 de septiembre y antes que venciera el plazo para rendir el estudio de impacto ambiental hubo otras comunicaciones, cercenadas por el Tribunal, que muestran que Géminis contaba con la información necesaria para honrar sus débitos.

(iv) Cercenó la misiva de 7 de diciembre de 2015, de la cual se infiere que el consorcio desmintió la tesis de la interdependencia e insuficiencia de la información propuesta por la contratista como excusa para no atender sus compromisos; también echó por tierra la misiva de 25 de enero de 2016 en la que esta última entregó a OHL ajustes hechos a los PAGA y que indica que tenía toda la información necesaria para ejecutar su labor a nivel de factibilidad.

Todos esos errores le impidieron ver que antes del 11 de septiembre de 2015, y de manera consistente hasta el 25 de enero de 2016, Géminis contaba con la información necesaria para atender sus obligaciones, tanto así que pudo ejecutarlas, aunque de forma defectuosa aun después de las manifestaciones de incompletitud de 3 y 11 de septiembre de

2015 hasta la terminación del contrato, sin que existiera expresión alguna de imposibilidad de cumplir, por lo que dejó de aplicar el artículo 1546 civil que habilitaba a OHL para pedir la convalidación de la finalización unilateral del contrato y perseguir los perjuicios, así como el 1544 tras apreciar mal la demanda y colegir que el éxito de la acción imponía demostrar que Géminis desatendió todas sus deberes aunque se indicó que podían ser solo unas de ellas.

También infringió el artículo 1609 *ibidem*, por indebida aplicación, pues lo tuvo en cuenta aun cuando no era pertinente al establecer que OHL incumplió sus deberes y que por ello no estaba habilitado para reclamarle a Géminis por haber desatendido los suyos, error que lo condujo a inaplicar los artículos 1608, 1610, 1613, 1615 y 1616 *ejusdem*, que regulan la mora y sus efectos; además, violó el artículo 1594 *ibidem*, al privar a OHL de la cláusula penal pactada por el simple retardo en la ejecución de cualquiera de las prestaciones asumidas por Géminis (fls. 53 a 92).

CONSIDERACIONES

1. El contrato válidamente celebrado es ley para las partes, pues así se infiere del artículo 1602 del Código Civil, precepto que le da carta de naturaleza propia al principio de la autonomía dispositiva de que está provisto el sujeto *iuris* para regular sus relaciones jurídicas, sin más límites que el orden público y las buenas costumbres (art. 16 *ibidem*).

Esa norma determina la fuerza vinculante, obligatoria y

coercible del acuerdo de voluntades, al advertir que si a él se llega de forma válida «*no podrá ser derogado sino por causas legales o por mutuo consentimiento*», lo que significa que ninguno de los contratantes puede separarse -total o parcialmente- del programa obligacional, so pena de infringir sus compromisos; en cuyo caso, la otra parte, que sí satisfizo o estuvo dispuesta a atender los suyos en la forma y tiempo debido, tiene a su disposición diversos remedios contractuales de carácter jurídico, ya que puede exigir la realización de lo pactado u optar por su extinción mediante la resolución o la terminación (arts. 1546 C.C. y 870 C. de Co.) según proceda, y reclamar, asimismo, la reparación del demérito sufrido.

Quiere decir que la parte a quien le incumplieron y que satisfizo o se avino a honrar sus deberes negociales, adquiere, *ministerio legis*, un derecho de opción que la habilita para escoger la alternativa que le resulte más eficiente desde el punto de vista económico, pudiendo elegir la resolución, con o sin indemnización de perjuicios, si advierte que había hecho un mal negocio, o si el cumplimiento se ha tornado imposible, ora si teme una ejecución defectuosa o la sobreviniente iliquidez o la incapacidad de cumplir del obligado, en los casos en que la restitución *in natura* sea aún viable, igualmente cuando no mantenga con él negocios constantes o consiga información que le haga dudar de su reputación y también si el convenio no ha comenzado a ser ejecutado.

Por el contrario, tendrá interés en concretar lo pactado,

sea que pida o no perjuicios, si ve en el acuerdo un buen negocio y confía en la solvencia moral y patrimonial de la otra parte, para lo cual podrá acudir a la vía compulsoria si tiene título que le permita ejecutarla, y si no deberá promover un juicio declarativo de la existencia del derecho y de condena, sea que busque el cumplimiento *in natura* o por equivalencia.

2. La indemnización de perjuicios derivada de la inejecución -total o parcial- de prestaciones asumidas por una de las partes en un contrato bilateral, así como de su cumplimiento imperfecto o tardío⁶, puede ser solicitada de forma directa, autónoma e independiente al no estar subordinada a la acción resolutoria o de cumplimiento que de forma alternativa prevén los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, conforme lo expuso esta Corporación en CSJ SC 3 nov. 1977, G.J. Tomo CLV n° 2396, pág.320 a 339, CSJ SC 28 mar. 1979, SC 26 nov. 1986, G.J. Tomo CLXXXIV n.° 2423, SC 14 mar. 1996, rad. 4738, SC 4 sept. 2000, rad. 5420, SC 9 mar. 2001, rad. 5659, SC 7 nov. 2003, rad. 7386, SC 19 oct. 2009, rad. 2001-00263-01 y SC 31 may. 2010, rad. 2005-05178-01, entre otras, hermenéutica que constituye doctrina probable, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

Nótese que en CSJ SC 9 mar. 2001, rad. 5659, se dijo:

El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o al

⁶ 7 CSJ SC Cas. civ. del 26 de enero de 1994, no publicada, transcrita en G.J. CCLV, 653 y reiterada en CSJ SC 7 nov. 2003, rad. 7386.

pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoría o consecuencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados". (Sent. del 14 de marzo de 1996, Exp. No. 4738, G.J. CCXL, pág. 407).

Asimismo, en CSJ SC 19 oct. 2009, rad. 2001-00263-01, se justificó la autonomía de la acción indemnizatoria derivada de contratos bilaterales, con soporte en que

(...) el daño brota de la inobservancia del deber de conducta prestacional, su génesis es su lesión, o sea, el incumplimiento total o parcial, del cual dimana, originando una prestación indemnizatoria, consistente en reparar el quebranto inmotivado de los derechos e intereses conculcados que puede exigirse con la prestación originaria o subrogada o de manera independiente. Incluso, en veces el incumplimiento no es de tal magnitud, trascendencia o gravedad para justificar la resolución, ocasionando, empero perjuicios, a cuyo resarcimiento tiene derecho el acreedor y aún éste puede aceptar el cumplimiento, perseverando en la reparación de los daños causados y también, ejecutado el contrato, podrán presentarse reclamaciones a propósito de la idoneidad funcional de los bienes o servicios, tal como acontece, ad exemplum, en la compraventa, con los vicios o defectos ocultos de la cosa entregada.

Serán entonces las circunstancias del caso, y la intención que persiga el agraviado⁷, lo que determine la forma en que plantee la acción resarcitoria, si como pretensión secuencial y subordinada a la de resolución o de cumplimiento; o de manera principal y directa, pues ninguna norma impone lo primero al tratarse de acciones que, aunque pueden ser acumuladas, son totalmente disímiles, toda vez que tienen diversa naturaleza y, por consiguiente, están

⁷ El acreedor es, en línea de principio, libre de escoger la sanción que desee en caso de incumplimiento de la otra parte, comoquiera que no existe jerarquía entre las opciones del artículo 1546 del Código Civil y 870 del de Comercio.

diseñadas para ser formuladas de manera independiente, es decir, cada una por separado.

A modo de ejemplo, el artículo 1610 del Código Civil, al referirse a las obligaciones de hacer, habilita al acreedor de la prestación insatisfecha para reclamar perjuicios de forma directa y principal, siempre que logre constituir en mora al deudor.

En ese mismo sentido, el artículo 925 del Código de Comercio dice que *«[e]l comprador tendrá derecho a exigir el pago de perjuicios por el incumplimiento del vendedor a su obligación de hacerle tradición válida, sin necesidad de instaurar previamente cualquiera de las acciones consagradas en el artículo 1546 del Código Civil y de este Libro»*.

De igual manera, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 495, establecía la autonomía del reclamo indemnizatorio por obligaciones derivadas de un contrato, regulación que sigue vigente en el Código General del Proceso, cuyo artículo 428 así lo autoriza⁸, con independencia de cuál sea la categoría de la prestación que dé base a la reparación (dar, hacer o no hacer).

Tal comprensión sube de punto si en cuenta se tiene que ninguna razón legal, y menos de orden lógico, justifica subordinar la acción resarcitoria a la de resolución o de

⁸CSJ STC3900-2022.

cumplimiento contractual, pues habrá casos en que aun realizado el pacto bilateral, pero de forma imperfecta o tardía por razón atribuible al deudor, la parte agraviada, si fue diligente al atender sus compromisos, tenga interés en el resarcimiento de los detrimentos moratorios, evento en el que esa será la única acción que promueva, sin desconocer aquellas situaciones en que el *iter negocial* sea incumplido por una sola de las partes, pues ello permitirá que la otra reclame la reparación compensatoria o por equivalencia si pierde el interés en el contrato, ora cuando ya no sea útil el cumplimiento específico y si las prestaciones se han vuelto imposibles porque la cosa pereció o solo podía ser dada o ejecutada en cierto momento que ya pasó.

Decir lo contrario sería desconocer que la responsabilidad civil contractual tiene una doble función jurídica: por un lado, la compensatoria o de cumplimiento por equivalencia; y, por el otro, la indemnizatoria de los perjuicios, categoría que es, *stricto sensu*, de reparación propiamente dicha, de ahí que frente a la infracción de una parte la otra cuente con dos opciones, bien sea solicitar el pago que representa el valor del crédito, o exigir el resarcimiento de los daños irrogados como consecuencia de la transgresión perpetrada por el deudor.

3. La responsabilidad civil contractual exige demostrar los siguientes elementos: *(i)*. La existencia de un contrato valido; *(ii)*; El incumplimiento -doloso o culposo- de la otra parte; *(iii)*. El perjuicio; *(iv)*. El nexo causal, en una relación de causa y efecto, entre el proceder de la convocada y las

consecuencias que ello le produjo en el plano patrimonial o inmaterial; y (v). La mora, supuesto que variará, en cada evento, dependiendo de la clase de prestación insoluta⁹.

Sobre tal cuestión, en CSJ SC5141-2020 se precisó:

La responsabilidad civil contractual se asienta sobre la existencia y validez de un pacto ajustado entre dos o más sujetos de derecho, la desatención -total o parcial- de los compromisos adquiridos por uno de ellos o su ejecución defectuosa o tardía, así como la presencia de un detrimento, y el nexo causal entre tal omisión y su resultado.

Así sucede porque tales acuerdos son ley para las partes, quienes, desde el momento de su perfección, deben honrar sus deberes y de no hacerlo tienen que salir a resarcir los daños que de su infracción unilateral deriven para quien sí los cumplió o, cuando menos, se acercó a atenderlos en la forma y términos pactados.

Ahora, es preciso puntualizar que, en ese ámbito indemnizatorio, el impulsor debe justificar que atendió sus deberes o estuvo dispuesto a satisfacerlos como fue pactado, ya que solo la parte cumplidora de sus débitos contractuales puede reclamar perjuicios.

Con mayor razón si de relaciones jurídicas sinalagmáticas se trata, porque en estas cada parte espera algo a cambio de la prestación que asume, toda vez que hay reciprocidad, situación que hace necesario identificar el orden cronológico en que debían ejecutarse las obligaciones, si de forma sucesiva, (*primero las de una parte y luego las de la otra*)

⁹ En las obligaciones de dar y de hacer el deudor debe ser constituido en mora como lo prevé el artículo 1609 del Código Civil, mientras que en las de no hacer el solo hecho de incurrir en la prohibición pone al infractor en esa condición, por lo que no resulta necesario adelantar gestiones para que tal estado se configure.

o simultánea (*las de las dos al tiempo*), ya que el artículo 1609 *ibidem* determina que «[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos», es decir, la *exceptio non adimpleti contractus*.

Tanto es así que en CSJ SC 23 mar. 1943, G.J. Tomo LV, pág. 67-72, se destacó que «(...) si el acreedor no ha cumplido por su parte la obligación que le incumbe, su demandado no está en mora de cumplir lo pactado, y no estando en mora, su prestación no es exigible. Sería jurídicamente irregular la condena al pago de una obligación, sin exigibilidad».

Esa precisión es relevante porque si las obligaciones recíprocas debían ser satisfechas de forma sucesiva, solo podrá reclamar perjuicios aquella parte a quien le incumplieron delantadamente, en rigor, porque tal desatención la liberó de atender sus débitos; en cambio, si tenían que ser realizadas de manera simultánea o coetánea, la facultad de reclamar resarcimiento la tendrá únicamente quien fue cumplidora o se allanó a atender lo suyo, según lo convenido, toda vez que el infractor no tiene acción indemnizatoria.

4. En este evento, el Tribunal confirmó el fallo desestimatorio del *petitum* porque encontró que OHL carece de legitimación para validar la terminación unilateral del contrato, así como para reclamar los perjuicios y demás

derechos que ansía obtener, en razón a que fue quien transgredió primero, y de forma esencial, ese vínculo jurídico al no haberle proporcionado a la contratista la información necesaria para que esta pudiera realizar los estudios técnicos que había acordado efectuar.

5. La recurrente en casación acusa de contraevidente esa conclusión, con estribo en que fue el resultado de diversos yerros fácticos.

6. La adecuada proposición de un embiste por error fáctico le impone al recurrente no solo individualizar las pruebas indebidamente apreciadas, bien sea por omisión, suposición o tergiversación de su contenido objetivo, sino también efectuar la labor de contraste entre aquello que el medio demuestra y lo que sobre él dedujo o inadvirtió el juzgador, ya que a partir de ese laborío debe quedar en evidencia el yerro denunciado y su notoriedad, referida a que el yerro sea palmario, esto es, que brote de bulto y se imponga al primer golpe de vista, porque si para encontrarlo se requiere un intrincado análisis entonces el error no será manifiesto; también debe hacerse ver su trascendencia, esto es, que sin dicho desfase otro hubiera sido el resultado.

Al respecto, en CSJ SC2501-2021, se insistió en que frente a este tipo de yerros *«la labor del impugnante ‘no puede reducirse a una simple exposición de puntos de vista antagónicos, fruto de razonamientos o lucubraciones meticulosas y detalladas, porque en tal evento el error dejaría de ser evidente o manifiesto conforme lo exige la ley’»* (CSJ SC

15 jul. 2008, rad. 2000-00257-01 y CSJ SC 20 Mar. 2013, rad. 1995-00037-01).

7. El cargo no demuestra las pifias de *facto* que denuncia, como pasa a verse.

7.1. No es cierto que el Tribunal desfiguró el contrato de prestación de servicios No. 005 de 19 de mayo de 2015, ni sus anexos (*Términos de referencia, oferta técnica y plan de trabajo*) cuando concluyó que la realización de las prestaciones asumidas por la contratista (*la elaboración de los estudios de impacto ambiental (EIA), y los Programas de Adaptación de la Guía de Manejo Ambiental (PAGA) del «Proyecto Autopista Río Magdalena 2: Remedios (Otú) – Alto de Dolores – Puerto Berrío – Variante Puerto Berrío», así como la obtención de los permisos de la prospección ante el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH», la elaboración de trabajos arqueológicos y el pago de las prestaciones sociales del personal contratado para tales efectos*), dependía de que el Consorcio le entregara previamente la información necesaria para emprender tal labor.

Lo anterior porque ese razonamiento se fundó, precisamente, en el contenido del pacto bilateral ajustado entre el Consorcio OHL Colombia S.A.S. y Géminis Consultores Ambientales S.A.S., cuya cláusula 9.1 previó como una de las obligaciones del contratante la de «*suministrar **oportunamente** al Contratista toda la información necesaria para la prestación de los Servicios*» (se resalta), así como en el plan de trabajo y en los términos de referencia, piezas que llevaron al *ad quem* a inferir que la

labor de la contratista hacía menester que previamente el consorcio le diera la información técnica requerida para efectuar los estudios convenidos.

Tal deducción halla sustento, además, en el anexo del acta de reunión de 31 de agosto y 1 de septiembre de 2015, en el que Géminis Consultores S.A.S., le hizo saber a OHL Colombia S.A.S., que el cumplimiento de sus deberes contractuales hacía necesario que le pusiera a disposición previamente la información allí descrita, la cual era relevante no solo para atender sus obligaciones, sino también para evitar retrasos en la entrega de los productos contratados.

Nótese que, en esa pieza, la contratista indicó:

Géminis Consultores SAS manifiesta que la información de OHL sujeta a la entrega descrita en el acta se describe a continuación:

- 1. Ajustes sobre el trazado (UF4): Se debe dar claridad sobre cuál de las alternativas son las que debemos trabajar (1cm 19 al km 24).*
- 2. Información de ZODMES con nueva reubicación, clara y concisa.*
- 3. Fuentes de materiales y la ubicación final especificando el título otorgado por la Agencia Nacional de Minería y el permiso ambiental respectivo o si se encuentran en proceso.*
- 4. Aclarar si el campamento de San Roque se incluye o no en la UF3, el cual ya se había descartado para no incluir otro municipio dentro de nuestra área de influencia.*
- 5. Es necesarios contar con los polígonos de oficinas, CCO, estaciones de peaje y pesaje, con un plano de la localización de cada campamento y las instalaciones que lo componen según información disponible de factibilidad.*
- 6. Diseño de las plantas de concretos, asfaltos y triturados y su descripción técnica, así como el diseño para cada una de las instalaciones.*

7. Características de las vías a modificar o intervenir (vías industriales) para el proyecto según requerimientos solicitados por términos de referencia del ANLA.

8. Descripción de los procesos de ingeniería en todas sus fases (pre constructivo, Constructivo y operativo) según términos de referencia.

En caso de que Géminis Consultores S.A.S., no reciba los productos solicitados se ejecutará sus actividades con la información entregada sin responsabilizarse y sin depender el pago de los aspectos realizados por el contratista de información o trámites adicionales requeridos por el contratante, de acuerdo con información solicitada.

Esta información deberá ser entregada para cumplir con los plazos estimados el día 04 de septiembre de 2015.

*Finalmente ponernos en conocimiento y por la experiencia en este tipo de estudios que **el incumplimiento de la entrega por parte del área de ingeniería ocasionaría reprocesos y atrasos tanto en la ANI como en la ANLA y con la consecuencia de no aceptar los estudios en las condiciones que se presentan** (se resalta).*

Ese contexto descarta el yerro en cuestión en razón a que la referida acta (de la reunión de 31 de agosto y 1 de septiembre de 2015) y su anexo permitían colegir, como lo hizo el *ad quem*, que para esas datas el EIA de la segunda calzada tenía un faltante del 70%, correspondiente al 35% de la ingeniería y al 35% de Géminis, así como que esta última le advirtió a OHL que **«si la ingeniería entrega la información completa a Géminis, el capítulo se entregaría el 25 de septiembre incluyendo títulos mineros o materiales para la construcción»**, lo que hacía posible inferir que la ejecución de las tareas por la contratista hacía ineludible que OHL le diera previamente la información técnica necesaria y que esa obligación general marcaba, según lo estipulado, el rumbo de las labores que Géminis debía ejecutar para elaborar los productos contratados.

La anterior conclusión concuerda con el contrato de prestación de servicios, pero también con los demás soportes que recogen los términos de referencia, así como las condiciones convenidas en esa alianza privada de carácter bilateral, respecto de los deberes de OHL, e inclusive con el anexo a la acta de la reunión de 31 de agosto y 1 de septiembre de 2015, en el que Géminis relacionó la información faltante y que debía ser facilitada por el consorcio en los siguientes días, obligación que, en sentir del Tribunal, fue incumplida por el contratante, sin que tal inferencia asome contraevidente, habida cuenta que en sesión de 24 de septiembre de 2015 fue necesario ajustar el cronograma y establecer nuevos compromisos al respecto, lo que significa que el sentenciador no deformó las aludidas piezas, pues su contenido coincide con lo que de ellas extrajo, todo lo cual desvirtúa la postura de la censura.

7.2. Como la deducción del Tribunal de que fue el consorcio quien primero incumplió sus débitos contractuales no se observa contraria a las pruebas en que se fundó, ello significa que el ataque que cuestiona la apreciación que este realizó respecto del impago de salarios y demás prestaciones sociales por parte de Géminis, y que indica que esta era una obligación autónoma e independiente de la entrega de la información por parte del consorcio, resulta infértil, pues, al tratarse de un contrato bilateral, el incumplimiento delantero de una de las partes liberaba a la otra de atender sus deberes y le impedía a quien obró de ese modo terminar el contrato y reclamar perjuicios, como así lo infirió el *ad quem*.

De cualquier modo, no pudo ser desafortunada la tesis del juzgador de que la falta de pago de salarios y prestaciones sociales a trabajadores, por parte de Géminis, fue postrera a la infracción contractual de OHL, pues la documental le da pábulo a esa inferencia, pues indica que aquella desatención se habría presentado después de octubre de 2015, según se extrae de la misiva de 20 de enero de 2016, en la que OHL le pidió a la contratista atender las quejas que en tal sentido se venían presentando (fl. 223, 1.2 digital) y no antes, pues de esto último no hay evidencia en el plenario, lo que es relevante porque para esa data (oct. 2015) ya había ocurrido el quebranto al negocio por parte de OHL, conforme lo advirtió el sentenciador, situación que lo convertía en infractor y frustraba sus reclamos, por no ser cumplidor, de ahí que tampoco fue desfasado lo que sobre ello se coligió en el fallo reprochado.

7.3. El Tribunal ponderó el acta de la reunión de 31 de agosto y 1 de septiembre de 2015, pues, como viene de ser expuesto, se apoyó en ella, y en sus anexos, para establecer que OHL incumplió delantadamente sus compromisos, lo que impide denunciar la preterición de esas piezas, por lo que cualquier desacuerdo referido a ellas se debió plantear en el terreno de la adición o de la tergiversación, lo cual refleja la asimetría del reparo planteado en tal sentido.

Sobre esta cuestión de técnica casacional, en CSJ SC 12 dic. 1989, rad. 478-1989 se dijo:

El error por preterición supone, entonces, que el - sentenciador ha ignorado la presencia de prueba en el proceso, a consecuencia de

lo cual ha encontrado acreditado un hecho diverso al que demuestran los medios que no vio, o a dejar de admitir los hechos probados que lo llevaron de contragolpe a violar normas de derecho sustancial, por falta de aplicación o por aplicación indebida. Por consiguiente, no puede presentarse este yerro de apreciación si las pruebas que se dice no estimadas, no las pasó por alto el fallador que, al contrario, las vio y las consideró, así la conclusión a que haya llegado sea diversa, porque se basó en otras pruebas que obraban en la actuación.

En todo caso, si desde antes del 11 de septiembre de 2015 OHL había infringido sus obligaciones al no darle a la contratista información general y relevante para que pudiera ejecutar sus prestaciones, como lo extrajo el Tribunal a partir de las múltiples comunicaciones de 11 de septiembre de 2015, en las que Géminis le puso de presente tal situación, sin que ello haya sido desvirtuado en casación, era, entonces, imposible sostener que esta última debía entregar los trabajos de arqueología e inventarios forestales de acuerdo al cronograma, toda vez que el consorcio había incumplido antes que venciera el plazo que la ejecutora tenía para honrar esos débitos, máxime cuando las referidas misivas permitían deducir que tal información era necesaria para llevar a cabo dichas obligaciones, de ahí que tampoco se equivocó el sentenciador cuando se refirió sobre la relevancia de este deber negocial.

7.4. El hecho de que Géminis haya afirmado -en la misiva de 3 de septiembre de 2015- que si el consorcio no le daba la información solicitada procedería a cumplir sus deberes con los datos que tuviera a su alcance, no es razón para sindicar al Tribunal de preterir esa comunicación, pues sí la valoró, solo que le dio mayor importancia al aparte que contiene los requerimientos puntuales hechos por la

contratista a OHL a fin de obtener los datos requeridos para atender sus obligaciones, sin que tal proceder indique despropósito del fallador, ya que sus conclusiones tienen respaldo en la aludida nota, la cual hace parte del plenario.

En definitiva, el *ad quem* le dio especial relevancia a lo que en esa misiva indicó la contratista respecto a que «*esa información deberá ser entregada para cumplir con los plazos estimados*», con la advertencia expresa de que «*el incumplimiento de la entrega por parte del área de ingeniería ocasionaría retrocesos y atrasos tanto en la ANI como en la ANLA y con la consecuencia de no aceptar los estudios en las condiciones que se presenten*». Por tanto, como las inferencias extraídas de tal medio coinciden con su contenido, es notable la incidencia de dicho hallazgo, sobre todo porque sirvió para clarificar la conducta contractual de las partes, sin que al respecto se observe el desfase denunciado.

7.5. En otro parte se denuncia la tergiversación de las misivas de 11 de septiembre de 2015, lo cual no ocurrió, toda vez que el sentenciador estableció, a partir de ellas, que el Consorcio había infringido sus deberes antes del 8 de octubre de 2015, fecha en que la contratista debía entregar los EIA de la segunda calzada y los inventarios forestales al así haberse previsto en el acta de 31 de agosto y 1 de septiembre de 2015, sin que tal deducción haya sido equivocada porque esos escritos, seis (6) en total, muestran que en la primera de esas datas (11 sept) Géminis alertó a OHL sobre la falta de la información requerida para ejecutar los productos acordados, situación que hacía factible colegir que este no

cumplió lo pedido en tal acta.

En ese sentido, tampoco fue desfasada la tesis del fallador de que la falta de pago de salarios y la inejecución de otras prestaciones, en que después de ese momento pudo haber incurrido la contratista, estaba justificada por la desatención inicial del contratante, puesto que el artículo 1609 del Código Civil le daba paso a tal comprensión.

Como lo expuesto por el Tribunal, respecto a que fue OHL quien se separó inicialmente del contrato y que ello fue relevante, no logra ser desvirtuado por alguno de los ataques, ello torna inane aquella parte de la acusación en la que se insiste en que ese juzgador cometió los errores planteados en los anteriores reparos, situación que viene de ser descartada, lo que significa que la apreciación probatoria sobre la que está edificada la sentencia, y que analizó puntualmente el proceder de las partes al tenor de las circunstancias de modo, tiempo y lugar establecidas para la ejecución del contrato de prestación de servicios en cuestión, sigue en pie.

7.6. Téngase en cuenta que la confesión *ficta* que, según la recurrente, se generó porque la convocada se abstuvo de exhibir los documentos que se le ordenó exhibir, fue desvirtuada con otras pruebas que guardan memoria del contrato, sus anexos, los términos de referencia, el plan de trabajo y las diversas comunicaciones que se cruzaron las partes en la fase de ejecución del negocio, como así lo dilucidó el Tribunal cuando entendió que antes del 11 de septiembre de 2015 el Consorcio ya había incumplido y que,

por ello, las situaciones ocurridas después no desdibujaron esa situación, sin que tal intelección asome contraevidente, pues el artículo 1609 del Código Civil, en que se apalancó el fallo, le imponía a OHL demostrar que cumplió, o estuvo dispuesto a hacerlo en la forma y tiempos acordados.

7.7. Carece de asidero el reparo consistente en que el Tribunal tergiversó el dictamen pericial al haberlo desechado con estribo en que no precisó el método o examen empleado en su confección, ni indicó los documentos analizados, como tampoco los datos del estudio de factibilidad que sirvió para concluir que la contratista estaba en condiciones de cumplir sus obligaciones, ya que esa prueba reveló que el consorcio no entregó a la contratista cierta información atinente a unos cambios realizados a los diseños para la UF3, y específicamente dijo que *«solo en un acta se menciona la falta de información por cambios de diseños definitivos»*, lo que reafirma la tesis del fallador consistente en que OHL sí infringió sus obligaciones, sin que le resulte posible excusarse en la falta de trascendencia de tal desatención, al haber sido quien terminó el contrato de forma unilateral.

De hecho, todo indica que para Géminis esos datos sí tenían mucha relevancia, conforme se lo hizo saber en la comunicación de 3 de septiembre de 2015 cuando le indicó al Consorcio OHL que *«esa información deberá ser entregada para cumplir con los plazos estimados»* y le advirtió también que *«el incumplimiento de la entrega por parte del área de ingeniería ocasionaría retrocesos y atrasos tanto en la ANI como en la ANLA y con la consecuencia de no aceptar los*

estudios en las condiciones que se presenten», de ahí que la calificación que realiza la censura, frente a la importancia de la información que debía poner a disposición de la contratista, pasa por alto la evidencia que sugiere precisamente todo lo contrario.

Ahora, como las misivas de 7 de diciembre de 2015 y de 25 de enero de 2016 son posteriores a la época en que se habría producido la infracción por parte de OHL, ello significa que eran insuficientes para desvirtuar el proceder de las partes, sobre todo porque su contenido no altera la conclusión del *ad quem*, de que fue el consorcio quien primero transgredió lo pactado.

7.8. En el resto del cargo se plantea un reparo genérico frente a lo que extrajo el fallador de algunas de las piezas acopladas al plenario, como lo son la sección del plan de trabajo, el acta de 24 de septiembre de 2015, las comunicaciones de 11 de septiembre y 7 de diciembre de 2015, pues insiste en que erró al establecer que para el 3 y 11 de septiembre de 2015 OHL ya había incumplido, a pesar que con posterioridad las partes convinieron nuevas fechas para la entrega de los productos contratados y que ello hace suponer que ya contaba con la información requerida, sin indicar cuál es el medio de prueba que permitía llegar a esta última conclusión, pues los documentos a que alude, entre ellos el acta de 24 de septiembre de 2015, no demuestran tal planteamiento fáctico, contrario a lo que sugiere la recurrente, sin que pueda ser establecido a partir de meras suposiciones, de ahí la vaguedad que rodea al embiste.

Con mayor razón si se tiene en cuenta que el argumento del embiste, atinente a que en la reunión de 24 de septiembre de 2015 las partes fijaron nuevos plazos ante el incumplimiento de los compromisos antes adquiridos, de ningún modo permite entender que la desatención que propició esos cambios fue generada por Géminis, contrario a lo que trata de entronizar el embate, máxime cuando en la referida pieza consta que en esa fecha OHL entregó cierta documentación, lo que, antes que demostrar la pifia, reafirma la tesis del Tribunal de que fue esa parte quien omitió proporcionar a tiempo la información relacionada en el anexo del acta de 31 de agosto y 1 de septiembre de 2015, pues no de otra forma se explica que la haya puesto a disposición el 24 de septiembre, y no antes como debió haber ocurrido.

La misiva de 30 de diciembre de 2015, en la que Géminis le proporcionó a OHL el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) de las unidades funcionales 1 y 2, y la comunicación de 7 y 25 de enero de 2016, carecen de la relevancia que en ellas ve la recurrente, toda vez que no alteran el contenido ni el alcance de las piezas en que se apoyó el Tribunal para decir que fue el consorcio quien primero incumplió y, por ende, tampoco desvirtúan dicha conclusión.

7.9. En lo demás, el cargo discurre en generalidades y sugiere otra lectura del haz probatorio, específicamente de algunos medios a que hace alusión, tendiente a establecer

que después del 11 de septiembre de 2015 las partes acordaron nuevos tiempos para que Géminis entregara los productos contratados, y que ello permite entender que ya contaba con la información necesaria para acometer tal laborío, sin desvirtuar la premisa de la sentencia consistente en que para esa calenda OHL había infringido sus débitos, ni demostrar el desvarío que le atribuye al *ad quem* en la ponderación de los soportes de que extrajo esa conclusión.

Recuérdese que el simple hecho de omitir referirse explícitamente a algunas pruebas no significa que hayan sido omitidas por el fallador, sino que fueron valoradas de forma implícita, tal como lo ha dicho esta Corporación, entre otros casos, en CSJ SC 31 mar. 2003, rad. 7141, cuando recordó:

(...) la omisión en la cita de las pruebas -aun cuando ello no es lo ideal o aconsejable, hay que resaltarlo-, no implica, de por sí, la configuración de un arquetípico error de hecho por preterición, como ha tenido oportunidad de precisarlo la Sala, al expresar que “...la mera circunstancia de que en un fallo no se cite determinada prueba o parte del contrato de la misma, no implica error manifiesto de hecho, a menos que de haber apreciado el ad-quem tal medio de convicción, la conclusión del pronunciamiento ciertamente hubiere tenido que ser distinta a la adoptada por el fallador “ (cas. civ. 11 de marzo de 1991; Vid CXXIV, 448; cas. civ. 6 de abril de 1999 exp. 4931 y cas. civ de 17 de mayo de 2001 exp. 5704).

De todos modos, las piezas a que se alude en este último aparte ninguna influencia tenían en la decisión, pues el anexo 3 del plan de trabajo, que alberga información respecto del inicio de las actividades por parte de la contratista, no desvirtúa el contenido del acta de 31 de agosto y 1 de septiembre de 2015 ni de su documento anexo que indican, de un lado, que para ese momento el EIA de la segunda

calzada tenía un faltante del 70%, correspondiente al 35% de la ingeniería y al 35% de Géminis, y del otro, que **«si la ingeniería entrega la información completa a Géminis, el capítulo se entregaría el 25 de septiembre incluyendo títulos mineros o materiales para la construcción»**, como tampoco las misivas de 11 y 25 de septiembre de 2015, así como de 17 de noviembre de 2015 (fls. 479-491, c. 1) en las que la ejecutora dijo carecer de tal información.

Ello es relevante porque tal acta y su anexo respaldan la tesis del sentenciador de que al 31 de agosto de 2015 había información técnica que la contratante no había facilitado a Géminis y que esta requería para atender sus compromisos, sin que resulte absurdo estimar, de un lado, que ello se debió a las modificaciones del proyecto, como lo alegó la contratista y lo revelan las piezas visibles a folios 360 y 372 del plenario, toda vez que la documental deja entrever que se hicieron diferentes ajustes al proyecto que necesariamente incidieron en los parámetros a tener en cuenta para su ejecución, y del otro, que la misma dejó de ser entregada acorde con lo convenido en la reunión de 31 de agosto y 1 de septiembre de 2015.

Es más, cuando en el embate se afirma que Géminis tenía la información para acatar el contrato aun de forma defectuosa, con ello lo que hace es reafirmar la tesis del Tribunal respecto a que OHL no le entregó en tiempo todos los datos requeridos para que aquella ejecutara sus compromisos, conforme se lo hizo saber dicha contratante en diversas comunicaciones de 11 de septiembre, e inclusive en

otra de 17 de noviembre de 2015 (fls. 479-491, c. 1.), sin que la inferencia del Tribunal sobre tal aspecto se revele contraevidente o desfasada, habida cuenta que tiene respaldo en la información acoplada al plenario.

Todo lo anterior significa, en compendio, que ningún desvío o equivocación grave y ostensible se manifiesta en el proceder del juzgador de segundo grado, ya que de manera coherente e hilvanada partió de los hechos alegados por los contendores, extrayendo de las pruebas lo que de ellos era materia de esclarecimiento, sin que la recurrente logre derribar los pilares del fallo disputado, pues, como se reiteró en CSJ SC 4127-2021, al citar SC2805-2016, SC9788-2015 y SC5854-2014,

(...) los errores en el campo de los hechos se estructuran en los casos en que el sentenciador de manera ostensible aprecia equivocadamente la demanda u omite, adiciona, cercena o tergiversa el contenido material de las pruebas, y no cuando se aparta de la posición subjetiva que, al margen de su objetividad, tenga la parte recurrente acerca de los distintos medios de convicción (...) Por esto, en ese preciso ámbito, al decir de la Corte, un yerro es de recibo cuando es “tan grave y notorio que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, o en otros términos, de tal magnitud, que resulte contrario a la evidencia del proceso. No es, por lo tanto, error de hecho aquél a cuya demostración sólo se llega mediante un esforzado razonamiento” (Sentencia 006 de 12 de febrero de 1998, expediente 4730, reiterando doctrina anterior), o el que surge de “ensayar un discurrir que se juzgue con mejor perfil dialéctico o con mayor rigor lógico” (Sentencia 073 de 20 de abril de 2001, expediente 6014, citando casación civil de 22 de octubre de 1998).

8. En consecuencia, no progresa la acusación.

CARGO QUINTO

Alega el quebranto directo de los artículos 1621, 1546 y 1609 del Código Civil, toda vez que el fallador sostuvo que la facultad de resolver el contrato solo la tiene la parte que cumplió o se allanó a honrar sus débitos, a pesar que ello ha sido revaluado por la jurisprudencia (SC1662-2019) en los casos de incumplimiento recíproco, en los cuales se ha dicho que el infractor puede buscar el finiquito del pacto para evitar que las partes queden “*en un limbo jurídico*”, y permite retrotraer los actos que hayan sido ejecutados.

La comprensión del Tribunal responde a una visión clásica que entrañaba injusticia, al no haber razón para darle un tratamiento diferente a los incumplimientos recíprocos frente a la facultad contractual de terminar anticipadamente un pacto cuando una parte lo desatiende, pues en ambos casos las dos han incumplido, lo que impone resolverlo para evitar que los implicados queden en un limbo jurídico.

Vulneró directamente el artículo 1544 del Código Civil, por falta de aplicación, tras haber malinterpretado el artículo 1546 ibidem, al colegir que solo el contratante cumplido puede ejercer la resolución, a pesar que ambos tienen tal facultad si de incumplimientos recíprocos se trata, e infringió -de forma directa- el artículo 1609 ibíd., al negar la resolución del contrato, aun cuando esa norma impide al actor reclamar perjuicios, pero no frustra aquella acción como lo dijo el fallo de 7 de diciembre de 1982 (fls. 92 a 102).

CONSIDERACIONES

1. De entrada se avizora el revés del cargo, habida cuenta que la premisa del Tribunal, según la cual OHL incumplió los débitos negociales que debía realizar delantadamente para que Géminis pudiera elaborar los estudios que debía entregarle, no fue derruida en casación.

Luego, la firmeza de esa tesis hacía imposible extinguir el vínculo jurídico por mutuo incumplimiento de las partes, comoquiera que ello supondría aceptar que la infracción del *iter negocial* fue simultánea, esto es, que los dos extremos quebrantaron el contrato de forma coetánea, como lo patentó la Sala en SC1662-2019, aun cuando la conclusión fáctica que aquí se impuso fue muy otra, circunstancia que descarta la vulneración inmediata del artículo 1546 *ibidem*.

Sobre ello, en CSJ SC3666-2021 la Sala, en armonía con SC1662-2019 y con SC4801-2020, agregó:

*Establecido como quedó con el correspondiente recorrido cronológico jurisprudencial, que en el ordenamiento jurídico patrio es de recibo, al día de hoy, la figura iuris de la simple resolución contractual en situación de recíproco incumplimiento de las partes, resta por precisar algo más y que es trascendental a la hora de evaluar cualquier caso con pretensiones de encuadrar en el criterio doctrinal vigente de la Corte; esto es, que no basta un incumplimiento en cada uno de los extremos contractuales para propiciar una resolución, sino que se requiere que ese desconocimiento de las obligaciones sea recíproco y **simultáneo**, porque si contractualmente los interesados establecieron un orden prestacional, no hay manera de predicar un incumplimiento mutuo, ya que la infracción contractual del primero en el tiempo justifica la renuencia del segundo a cumplir, y permite que este último ejercite las acciones alternativas previstas en el artículo 1546 del Código Civil: ejecutar o resolver, con indemnización de perjuicios.*

Tampoco se produjo la infracción de los demás preceptos aludidos en la arremetida, pues el 1621 del Código Civil, carece de connotación sustantiva, y el 1609 *ibidem*, que sí la tiene, fue precisamente el que orientó la solución del sentenciador cuando estableció que el incumplimiento delantero de OHL eximió a la contratista de honrar sus prestaciones, sin que esa intelección sea equivocada, toda vez que se ajusta al tenor literal de esa norma, además que concuerda con lo demostrado en este caso y también con la posición de esta Corte a partir de SC1662-2019, reiterada en SC48701-2020 y SC3666-2021, lo que de paso impedía hacer actuar los efectos del artículo 1544 *ejusdem*.

Más aún, como el conflicto surgió en el marco de un negocio jurídico de carácter bilateral, de lo cual no hay duda a estas alturas, esa situación hacía necesario evaluar el proceder de las partes al tenor del precitado artículo 1609 *ibíd.*, según el cual «ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos», lo que torna razonable la hermenéutica que al respecto hizo el *ad quem* una vez identificó y dejó sentada la plataforma fáctica del litigio, toda vez que dicha comprensión concuerda con el alcance de esa regla jurídica.

Por lo mismo, al haber quedado incólume la conclusión del Tribunal de que OHL deshonró primero sus obligaciones y que ello incidió en la conducta negocial que debía desplegar Géminis, ello quiere decir que no podía tal consorcio exigir multas, como tampoco la cláusula penal, porque el artículo

1595 del Código Civil prevé que «*[h]áyase o no estipulado un término dentro el cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva*», supuesto que fue aquí desvirtuado al haber concluido que la infracción del contratante liberó a la contratista de cumplir sus débitos.

2. En consecuencia, fracasa el cargo.

3. Como ningún cargo prosperó, conforme a los artículos 349 *in fine* y 365 del Código General del Proceso, se impondrá a las impugnantes el pago de las costas procesales en el trámite de esta senda extraordinaria y para tasar las agencias en derecho se tendrá en cuenta que hubo réplica.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 3 de septiembre de 2020, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal de Construcciones Colombianas OHL S.A.S. y OHL Colombia S.A.S. contra Géminis Consultores Ambientales S.A.S. y Seguros Confianza S.A.

Costas a cargo de las recurrentes a favor de la opositora en casación. Inclúyase \$6'000.000 como agencias en derecho.

Tómense las anotaciones pertinentes, por secretaria, y envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen.

Notifíquese,

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Presidente de Sala

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO JOSÉ TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Hilda Gonzalez Neira

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 4E37A614B16FBC69F243DD2FB246E2C639829AE93DC09B767163B92E2A132550

Documento generado en 2022-06-28