

ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Contrato de compraventa de camión recolector y compactador de basuras: Niega pretensiones / CONTRATACION ESTATAL - Principios de los contratos estatales. Los contratos se celebran para ser cumplidos / CONTRATO ESTATAL - Principios de la contratación estatal: Los contratos se celebran para ser cumplidos / CONTRATO ESTATAL - Aplicación del principio lex contractus, pacta sunt servanda o el contrato es ley para las partes / CONTRATO ESTATAL - Fin: Los contratos estatales se celebran para ser cumplidos / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO - Exoneración sólo opera por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante

Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato). (...). En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda", consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. (...). En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1602 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1603 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1494 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1495 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1530 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1551

NOTA DE RELATORIA: En relación con el principio lex contractus, pacta sunt servanda, ver sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 17552

PRINCIPIO COMMUNIS INTENTIO O PRINCIPIO DE LA FORMA PACTADA - Aplicación en materia de contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Aplicación del principio de communis intentio o de la forma pactada / CONTRATO ESTATAL - Interpretación: Según la forma pactada. Aplicación del principio communis intentio / CONTRATACION ESTATAL - Importancia de la hermenéutica contractual / CONTRATO ESTATAL - Importancia de la hermenéutica contractual

A partir de la *communis intentio* (1618 C.C.) que aparece exteriorizada en el cuerpo de la cláusula segunda, se concluye que las partes tenían en claro que la forma de pago se haría de esa manera simple: una mitad como anticipo y otra restante con la entrega final del equipo por parte del contratista. O lo que es igual, no existía -como alega el recurrente- otra forma pactada que derivase de la oferta. (...) 6. A este propósito la Sala reitera lo expuesto en torno al alcance de la hermenéutica contractual y la importancia que tiene determinar el significado que tuvo para las partes en su momento una cláusula contractual. (...) El contenido de los artículos 1602 y 1618 del Código Civil colombiano representa el principio y fin de la institución contractual, en atención a que la autonomía de la voluntad, en condición de fuente de derechos y obligaciones, se objetiva en el contrato y cobra desarrollo pleno cuando es interpretada y se le asignan efectos conforme a la intención común de los contratantes.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1618 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1602 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1618

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO O EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS - Debe ser armonizada con las reglas de derecho público. Aplicación en materia contractual / CONTRATACION ESTATAL - Excepcion de contrato no cumplido o exceptio non adimpleti contractus: Debe ser armonizada con las reglas de derecho público

El artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual “la mora de uno purga la mora del otro”, consagra la *exceptio non adimpleti contractus*, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica. (...) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La *exceptio non adimpleti contractus* tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1609

NOTA DE RELATORIA: En relación con la *exceptio non adimpleti contractus*, ver las sentencias de 31 de enero de 1991, exp. 4739; 15 de septiembre de 1983, exp. 3244; 25 de junio de 1987, exp. 4994; 15 de mayo de 1992, exp. 5950; 17 de enero 17 de 1996, exp. 8356; y 21 de febrero de 2011, exp. 16105

ANTICIPO - Incumplimiento en pago total: Si no afecta gravemente el negocio jurídico, entonces no es procedente la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido / CONTRATO ESTATAL - Incumplimiento en pago de anticipo: Si la afectación no es grave no opera la *exceptio non adimpleti* o excepción de contrato no cumplido / PAGO – Anticipo. Si la afectación del incumplimiento no es grave no procede la *exceptio non adimpleti* o excepción de contrato no cumplido / EXCEPTIO NON ADIMPLETI O EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO -

Contratación estatal. Procede cuando el incumplimiento del pago del anticipo afecta gravemente la ejecución del contrato mismo

En el sub examine, la Sala advierte que si bien se presentó un retraso en el pago de una parte menor del "anticipo", este incumplimiento no tiene la entidad suficiente como para alterar la normal ejecución del negocio jurídico. En otros términos, al no demostrar el contratista demandante un incumplimiento serio, grave, determinante de la Administración, que lo hubiese puesto en una razonable imposibilidad de cumplir, no podría alegar en su favor la excepción de contrato no cumplido. Así las cosas, se tiene que, por una parte, la contratista ahora demandante no probó el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y tampoco que hubiese mediado un incumplimiento de tal entidad por parte del departamento que lo hubiese puesto en condiciones de imposibilidad de cumplir, razón por la cual no proceden las condenas solicitadas en las pretensiones de la demanda; pero, por otra parte, tampoco acreditó un incumplimiento grave por parte de la entidad demandada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente (E): DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217)

Actor: COMERCIALIZADORA HIDROTECH AQUASERIE B LTDA.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CESAR

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de 19 de septiembre de 2002, dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual se decidió negar las súplicas de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

En 1999 se celebró el departamento del Cesar celebró con Hidrotech Aquaserie B Ltda el contrato n.º 112 para la adquisición de un equipo recolector de basuras montado sobre un camión, el contratista considera que se la entidad incumplió este contrato lo mismo que su adicional, lo cual, sin embargo, no fue demostrado.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. El 18 de octubre de 2000, la sociedad Comercializadora Hidrotech Aqueserie B Ltda. presentó demanda en contra del departamento del Cesar, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, en la cual solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se declare que el Departamento del Cesar incumplió el contrato n.º 112 de noviembre 10 de 1999, celebrado con la empresa Comercializadora Hidrotech Aqueserie B Ltda., así como su contrato adicional n.º 01 del 12 de abril de 2000 y suscrito entre las mismas partes.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración de incumplimiento, se condene al Departamento del Cesar a indemnizar los perjuicios al demandante, de orden material cuyo valor aproximado asciende a \$ 67'491.823,61 por concepto de lucro cesante y daño emergente, o de acuerdo a lo que resulte probado en el proceso, o en su defecto en forma genérica, o lo que resulte liquidada conforme al procedimiento indicado por el artículo 308 del CPC, monto que ha de ser actualizado en su valor.

3. A la sentencia que ponga fin al proceso se deberá dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del CCA.

Petición especial.

Que el presente contrato por ser de tracto sucesivo, previamente se ordene en sede judicial su liquidación, ya que el Departamento no procedió a esta actividad en el plazo convenido en la cláusula décima séptima. Que como consecuencia de lo anterior se adelante la conciliación.

2. En apoyo a sus pretensiones, la parte actora relató que celebró con el departamento del Cesar el contrato de compraventa n.º 112 de 10 de noviembre de 1999, cuyo objeto era suministrar un equipo recolector compactador de basuras municipales, montado sobre un camión; con un plazo de duración de sesenta (60) días, contados a partir de la fecha de entrega del anticipo, y un valor de \$138.580.000,00, pagaderos mediante la entrega de un anticipo del 50% a la legalización del contrato y el 50% restante, una vez se haya hecho entrega del equipo respectivo. Afirmó que la forma de pago era con carta de crédito local, irrevocable, transferible y confirmada con beneficiario de pago la hoy actora.

2.1 Adujo que el contrato quedó legalizado el 18 de noviembre de 1999 y que para esa fecha el departamento debió entregarle al contratista la carta de crédito para poder hacer los respectivos pagos. Sin embargo, el departamento optó por variar unilateralmente el contrato, sin mediar escrito, giró al contratista ese día parcialmente un anticipo por la suma de \$40.000.000,00 y procedió a efectuar una serie de descuentos de carácter tributario, por valor de \$11.020.110,00. del total abonado al anticipo (\$51.020.110,00), lo que arrojó un faltante del anticipo por valor de \$18.269.890,00.

2.2 Señaló que la suma pagada por concepto de anticipo es insuficiente y contraria al contrato. Explicó que optó por recibir dicho valor "con la promesa del

departamento, de que inmediatamente cubriría el valor restante, lo cual no sucedió". El día 28 de febrero de 2000, la entidad contratante giró un cheque por valor de \$18.269.890 bajo el n.º 46470092 del Banco de Bogotá.

2.3 Indicó que *"estos mayores costos conllevó a que se suscribiera un contrato adicional por valor de \$10'858.000,00, suma que en ningún porcentaje el Departamento se allanó a girar como anticipo, debiéndolo haber hecho"*. Agregó que *"como puede verse, el departamento incumplió el contrato sin causa justa y con ello arruinó al contratista"*. Alegó que ante este incumplimiento, el contratista solo pudo obtener la fabricación del equipo recolector compactador de basuras y de la caja estacionaria, los cuales se encuentran a disposición de la entidad territorial, quien se ha negado a recibirlos, aduciendo que debía entregarse la totalidad de la maquinaria, olvidando que no se podía hacer de esta forma, porque tampoco había cumplido el departamento con su parte.

3. Enfatizó que la entidad demandada violó *"el mantenimiento del equilibrio financiero del contratista"*, al incumplir el pago del anticipo y del restante valor económico del contrato *"dio paso a la tesis de la exceptio non adimpleti contractus"*. Al efecto, invocó en la demanda la actora como infringidos: (i) los artículos 1, 2, 6, 25, 58, 90, 124 y 333 de la Constitución; (ii) los artículos 1546, 1551, 1552, 1602, 1603, 1609, 1613 a 1617 del Código Civil; (iii) los artículos 4, 5, 14, 25, 27, 28, 41, 50 y 60 de la Ley 80 de 1993; (iv) los artículos 87, 135 a 139, 172, 177 y 178 del CCA y (v) los artículos 20, 84, 1408 a 1415 del Código de Comercio.

II. Trámite procesal

4. El Tribunal Administrativo del Cesar **admitió** la demanda por auto de 7 de noviembre de 2000, el cual fue notificado a la entidad demandada el 5 de febrero de 2001.

5. La entidad demandada **contestó** la demanda y se opuso a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y en particular afirmó que el departamento cumplió el contrato *"con ciertas variaciones, las cuales fueron consentidas por el contratista cuando aceptó recibir un primer anticipo de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000,00) y después un nuevo abono por la suma de cinco millones doscientos sesenta y nueve mil ochocientos noventa pesos (\$5'269.890,00), el cual fue recibido el día 17 de marzo de 2000, y posteriormente cuando los términos de ejecución estaban vencidos admitió un contrato adicional el día 12 de abril de 2000"*.

5.1 De modo que, se presentaron unas modificaciones tácitas a las cláusulas contractuales, *"pues lo normal era rechazar los pagos parciales efectuados y exigir el cumplimiento a cabalidad del contrato suscrito"*.

5.2 Añadió que le asiste razón al departamento, para rehusarse a recibir parte de los elementos contratados, ya que en ninguna de las cláusulas se admite ello sino la totalidad del objeto del mismo, ya que se desfiguraría la esencia misma del contrato. Solicitó, en consecuencia, que se decretara el incumplimiento grave del contratista.

6. Mediante proveído de 13 de junio de 2000 se corrió **traslado** a las partes para alegar de conclusión. Las partes guardaron silencio. El Ministerio Público conceptuó que no debía accederse a las súplicas de la demanda y advirtió que el acervo probatorio es muy precario. Estimó que en el contrato adicional nada se

dijo de la forma de pago de la suma adicionada, de suerte que *“no se determinó ningún porcentaje como anticipo de la suma reajustada (...) debe estarse a lo inicialmente acordado”*. En relación con que se le pague completo el anticipo teniendo en cuenta el reajuste de precio consignado en el contrato adicional *“no tiene asidero en lo pactado”*. Agregó que *“la misma parte demandante aportó como prueba la certificación del secretario de hacienda departamental (...) en la que hace constar el pago del 50% del anticipo acordado en el contrato 112 y la disposición de pagar el saldo una vez se entregue la maquinaria comprada”*. Explicó, además, que no está acreditado el alegado cumplimiento de la parte demandante y, por el contrario, ella misma acepta no haber entregado el objeto del contrato y a lo sumo *“podría pensarse en incumplimiento mutuo”*.

7. El Tribunal Administrativo del Cesar, el 19 de septiembre de 2002, profirió la **sentencia** objeto de impugnación y en ella resolvió negar las súplicas de la demanda.

7.1 Luego de advertir que el proceso acusa deficiencias en materia probatoria advirtió que no le asiste razón al contratista por cuanto, si bien la gobernación se retrasó en el pago del anticipo, el contratista se allanó a recibirlo en la forma en que le fue cancelado y por lo mismo sólo restaba por su parte cumplir con lo pactado. Invocó al efecto lo prescrito por los artículos 1546 y 1609 del Código Civil y concluyó que en este caso el contratista no hizo uso de la condición resolutoria. Agregó que si bien la Gobernación demoró en entregar el valor del anticipo, finalmente este fue cancelado en su totalidad y recibido por el contratista, sin embargo no aparece en el expediente que hubiese cumplido por su parte. Destacó que el contrato fue adicionado en la suma de \$10.858.000,00 *“a solicitud del contratista para reajustar los precios, allí no se pactó el pago inmediato de la suma adicionada ni tampoco de ningún porcentaje como anticipo, entendiéndose que no hubo modificación a lo pactado en relación con el pago y forma de pago en el contrato inicial”*. Agregó que en el expediente no hay elementos probatorios que indiquen que por parte del contratista había interés en cumplir y por ello no se puede endilgar responsabilidad a la gobernación.

7.2. Al concluir advirtió que el demandante insiste en manifestar que la Gobernación incumplió el contrato por cuanto no constituyó la carta de crédito que se estipuló en la oferta y que frente a ello si bien ésta hacía parte integral del contrato, era tan solo en lo relacionado con las características del bien objeto de compra, más no a la forma de pago, por cuanto esta se pactó en forma expresa en la cláusula segunda del contrato.

8. Contra la sentencia de primera instancia la demandante interpuso y sustentó oportunamente **recurso de apelación**, en relación con dos puntos: (i) el giro incompleto del anticipo, y (ii) la carga de la prueba.

8.1. Esgrimió sobre el primer tópico que si bien se pagó parcialmente el anticipo, el demandante en colaboración con el logro de los fines de la contratación estatal, fabricó el equipo recolector compactador y caja estacionaria de basura, ofreciéndolo en entrega desde el 10 de marzo de 2000. Si el equipo fabricado *“no llegó a la comunidad de Bosconia Cesar, fue por que el demandado no pagó el valor del camión, ni el incremento del precio de que trató el contrato adicional n.º 0, ni los subsiguientes incrementos bimensuales, ni el saldo del anticipo del equipo recolector (...) ni los incrementos al precio del equipo (...) ni gastos financieros por devolución de pago en cheque devuelto por fondos, ni intereses por mora, etc”*. Dijo, a más de reiterar lo expuesto en la demanda, que el contratista cumplió más allá de lo convenido, invirtiendo el anticipo parcial recibido y sus propios recursos

financieros para sufragar toda suerte de gastos adicionales a la fabricación del equipo como fueron alzas surgidas en el precio de los materiales, insumos, servicios, mano de obra directa e indirecta, causado durante el tiempo de mora de pago del anticipo.

8.2. Subrayó, en relación con el segundo aspecto, que la oferta hacía parte integral del contrato también en relación con la forma de pago. Puso de presente que obran en el expediente una serie de oficios que fueron ignorados por el Tribunal y *“que contienen el recuento del insufrible proceso de cobro al demandado”*.

8.3 Expuso que *“el mandato del contrato adicional n.º 01, de tener en cuenta las razones del contratista”* evidencia que el pago se había convenido para ser cancelado con mecanismo de carta de crédito o similar, lo cual a su juicio es *“demostrativo”* de que la cláusula segunda no contenía la forma de pago del contrato en tanto la propuesta fue elevada a formar parte integrante del contrato, *“por contener todas las particulares condiciones comerciales”*.

8.4 Indicó que si bien el artículo 1546 del CC establece la condición resolutoria tácita, los contratos *“no se firman para no ejecutarlos”* y por ello *“a pesar de las moras en el pago del anticipo, el equipo se fabricó y se llegó hasta firmar el contrato adicional n.º 01 cuyo objeto fue adición de valor para que la Gobernación pudiese ampliar su presupuesto y completar el nuevo valor a pagar por la compra del camión, valor que se depositaría en arcas del vendedor del camión”*.

CONSIDERACIONES

I. Competencia

9. El Consejo de Estado es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso suscitado mediante la interposición de la acción de controversias contractuales, competencia que tiene su fuente en lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado, contenido en el Acuerdo 58 de 1999 (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003), en el que se distribuyen los negocios por Secciones.

10. Adicionalmente, precisa la Sala que le corresponde resolver el asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988 para que asuma el conocimiento de una acción contractual en segunda instancia. En 2000, cuando fue presentada la demanda, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual fuera conocido por esta corporación era de \$26.390.000 -artículos 129 y 132 del C.C.A., subrogados por el Decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones (lucro cesante) fue estimada en la demanda en la suma de \$32.416.080,422.

II. Hechos probados

11. De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se tienen probados los siguientes hechos relevantes:

11.1. El 10 de noviembre de 1999, Comercializadora Hidrotech Aqua Serie B Ltda. y el departamento del Cesar celebraron el contrato de compra venta n.º 112 de 1999 (f. 11-13 c.ppl.), cuyo objeto -según la cláusula primera- fue el suministro a título de venta de "un (1) equipo recolector compactador de basuras municipales Marca Hidrotech, modelo HRC 16 yardas cúbicas, capacidad 16 Y (cúbico) de basura compactada igual a 10.500 kgs, montado sobre camión con características Ford 8.000, o Kodiak eje trasero sencillo, de conformidad con la propuesta presentada por el contratante, la cual se anexa y constituye parte integrante de este contrato".

11.1.1. El contrato se pactó con un plazo de duración de sesenta (60) días (cláusula tercera), contados a partir de la fecha de entrega del anticipo y un valor de \$138.580.000, pagaderos así: (i) un anticipo del 50% a la legalización del contrato; (ii) 50% restante una vez el contratista haya hecho entrega del equipo objeto del contrato a entera satisfacción del departamento a través del interventor del mismo, pagos estos que se harán a través de la Tesorería General del Departamento (cláusula segunda).

11.1.2. Según la cláusula primera las condiciones del objeto del contrato a que se obligó el contratista se hacen de conformidad con la propuesta presentada por el contratista¹ (f. 7-10 c. ppl.), la cual se anexa y constituye parte integrante del contrato.

11.2 El departamento canceló la suma \$69.290.000,00 correspondiente al anticipo del 50% por valor del contrato n.º 112-99, según da cuenta la certificación suscrita por el secretario de hacienda departamental, expedida a solicitud de la firma hoy demandante (f. 20 ppl.).

11.3 Mediante oficio de 10 de marzo de 2000 (f. 27-28 y 43-44 c. ppl.) el contratista informa a la entidad contratante que:

con fecha 3 de noviembre de 1999, mandamos vía fax (...) el oficio n.º Z-0508 el aumento en los precios de los camiones sobre los cuales van montados los equipos de la referencia, dicho precio es la suma de \$80.700.000 con lo cual se presenta un sobreprecio de \$15.700.000 con referencia al precio cotizado por nosotros el cual fue de \$65.000.000.

La compañía representante de los vehículos, en forma espontánea, nos dio un precio especial (...) El día 17 de noviembre de 1999 presenté a Ustedes en sus oficinas de Valledupar, un oficio solicitándoles la elaboración de los respectivos otrosí (...), con el fin de lograr la cancelación de dichas diferencias de precio.

A la fecha no se ha llevado a cabo la elaboración de los otrosí (sic), ni se ha cancelado los dineros respectivos. Por lo tanto, comedidamente solicito a ustedes su colaboración, para que dicho trámite sea realizado con la mayor celeridad y así poder adquirir los camiones y proceder a montar las cajas compactadoras que ya están elaboradas en nuestra planta de Bogotá (...).

11.4 El 12 de abril de 2000, las partes suscribieron el contrato adicional n.º 01 al contrato de venta n.º 112 de 1999 adicionando el valor inicial en \$10.858.000 (f. 14.ppl.).

¹ Oficio Z-0036

III. Problema jurídico

12. Teniendo en cuenta los hechos probados y las razones de inconformidad de la parte apelante con el fallo de primera instancia, el problema jurídico consiste en establecer si el retraso en el pago parcial del anticipo, tiene la virtualidad de generar un incumplimiento de la entidad contratante susceptible de ser indemnizado. Al efecto, será preciso determinar el alcance de lo pactado en relación con la forma de pago.

IV. Análisis de la Sala

Régimen jurídico del contrato n.º 112 de 1999 y de su adicional n.º 01 de 2000

13. Los hechos probados dan cuenta de la celebración el 10 de noviembre de 1999, entre el departamento del Cesar y la empresa comercializadora Hidrotech Aquaserie B Ltda. de un contrato de compraventa de un equipo recolector de basuras montado sobre un camión, por un valor estimado de \$138.580.000,00 y un plazo de 60 días, contados a partir de la entrega del anticipo. Igualmente, está acreditado que el 12 de abril de 2000 se suscribió entre las mismas partes el contrato adicional n.º 01 al contrato de venta n.º 112 de 1999.

14. De manera que, el régimen jurídico sustancial aplicable al contrato fuente del litigio es el previsto en el estatuto contractual de la Administración actualmente vigente², esto es, la Ley 80 de 1993 más no de su reforma prevista en la Ley 1150 de 2007, pues para la fecha de su suscripción, se encontraba ya vigente aquella y no ésta.

La pretensión de incumplimiento del contrato y su adicional analizados

15. El actor demandó el incumplimiento por parte del departamento del Cesar del contrato de compraventa celebrado, lo mismo que de su adicional, porque a su juicio, aun cuando ha estado en disposición de cumplir a cabalidad el objeto del mismo, la entidad accionada no pagó en la forma convenida el anticipo del contrato original y tampoco pagó el contrato adicional.

16. Reitera la Sala³ que es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna⁴, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).

17. En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "*lex contractus, pacta sunt servanda*"⁵, consagrado en el artículo 1602 del

² Según la regla prevista en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, por cuya inteligencia en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2012, rad.050012325000199401059, exp.21.315, CP Danilo Rojas Betancourth.

⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia de 3 de julio de 1963: "La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido".

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, Rad. 23001233100019970876301 (17.552), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.

18. En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.

19. Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago⁶.

20. La Sala reitera⁷ que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos⁸ tiene una doble dimensión:

Tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.

En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada⁹.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 17552.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 17552.

⁸ Artículo 1498 del C.C.: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. No. 14.937. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Prueba del incumplimiento del contrato alegada por el actor

21. En el caso del proceso contractual que se estudia, lo explicado en precedencia según jurisprudencia de esta Sala, implica que correspondía al demandante demostrar: (i) que efectivamente cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales; y (ii) que el departamento se encontraba en mora de pagar la ejecución de dicho contrato y, por tanto, incumplió las obligaciones que le eran exigibles.

22. Para la Sala las pretensiones no están llamadas a prosperar, habida cuenta de que no se encuentran demostrados los hechos que las sustentan, esto es, que el actor cumplió a satisfacción con sus obligaciones contractuales y, por lo tanto, que el departamento demandado se encontraba en incumplimiento o en mora de pagar la ejecución de dicho contrato.

23. Al respecto, encuentra la Sala que no se acreditó en el proceso que la parte demandante satisfizo a cabalidad sus obligaciones y que no se sustrajo a los compromisos pactados, como tampoco que la entidad haya incurrido en un incumplimiento de tal entidad, que se tradujese en frustrar la posibilidad de cumplimiento del negocio jurídico, dado el carácter conmutativo del mismo.

24. En efecto, las pruebas dan cuenta que el departamento canceló la suma \$69.290.000,00 correspondiente al anticipo del 50% por valor del contrato n.º 112-99, según se desprende de certificación suscrita por el secretario de hacienda departamental, expedida a solicitud de la firma hoy demandante (f. 20 ppl.). Allí se certifica: *“Que existe (...) el Registro presupuestal n.º 133-99 por valor de \$138.580.000,00 referente al contrato n.º 112-99 del cual se canceló el 50% y se adeuda el valor de \$69.290.000,00 para la compra de un equipo recolector de basura con destino al Municipio de Gamarra (...)”*.

25. En este sentido el acervo revela que si bien la entidad hizo un primer abono al anticipo, el 18 de noviembre de 1999, por valor de \$40.000.000,00¹⁰, finalmente pagó el total el 28 de febrero siguiente¹¹.

26. Ahora, el demandante alegó en varios oficios dirigidos a la entidad que la mora de la entidad en el pago de la totalidad del anticipo le impidió pagar el camión y por ello solicitó la suscripción de un otrosí al respecto¹².

¹⁰ El 18 de noviembre de 1999 contratista recibió el cheque Bancafé n.º 0401 por valor de \$40.000.000,00 como abono del anticipo del 50% del valor del contrato n.º 112 de 1999 (el cual era de \$69.290.000,00), relativo a la adquisición de un equipo recolector de basuras para la Gamarra (Cesar) según da cuenta el oficio A 0372 de septiembre 19 de 2000 también del contratista a la entidad (f. 35-40 c.ppl.) y el oficio de 23 de noviembre de 1999, dirigido por Hidrotech al departamento (f. 23-24 c.ppl.). Estos oficios ponen de presente que se hicieron deducciones por conceptos tributarios en el primer pago por valor de \$11.020.110,00.

¹¹ En efecto, el 28 de febrero de 2000 el departamento pagó por concepto de anticipo el valor de \$18.269.890,00, cheque del Banco de Bogotá n.º 46470092, según da cuenta oficio A 0372 de septiembre 19 de 2000 suscrito por el hoy demandante dirigido a la Gobernación (f. 35-40 c.ppl.) y el propio escrito de demanda (ver párrafo 2.2 de esta providencia) lo reconoce. En el primero de ellos el hoy accionante asegura que la mora en el pago del anticipo se extendió “hasta la fecha 28 de febrero de 2000”.

¹² En oficio Z-0508 de 3 de noviembre de 1999 solicitaron que se incremente el valor del contrato “en la suma que cubre la diferencia de precio entre el valor cotizado y el precio actual de los camiones” (f. 41-42 ppl.). De otro lado, en oficio de 23 de noviembre de 1999, dirigido por Hidrotech al departamento (f. 23-24 c.ppl.), se indicó que “como no hemos recibido el valor completo de los anticipos y se venció el plazo perentorio para cancelar los camiones dado por el distribuidor, es necesario la elaboración de otro sí (...) [en el cual] la Gobernación del Cesar asume la diferencia en los precios (...)” este valor debía consignarse con el pago del saldo pendiente del anticipo. En sentido similar obra oficio de diciembre 6 de 1999 en el que se insiste en la necesidad de recibir los dineros faltantes y en la elaboración del otro sí al que alude la comunicación de noviembre 23 (f. 25 c. ppl.). Igualmente en oficio de enero 20 de 2000 vuelve a plantear la necesidad de pago del saldo por concepto de anticipo y la elaboración de un otrosí “para aumentar el valor contratado” y

27. De otro lado, el 12 de abril de 2000, las partes suscribieron el contrato adicional n.º 01 al contrato de venta n.º 112 de 1999 y al efecto modificaron la cláusula segunda “*adicionándole al valor inicialmente pactado la suma de diez millones ochocientos cincuenta y ocho mil pesos (\$10.858.000) (...)*”. En el mismo contrato se indica que dicha modificación se acuerda “*teniendo en cuenta las razones expuestas por el contratista en oficio fechado marzo 10 de 2000 el que se anexa a éste documento y hace parte integrante del mismo*” (f. 14.ppl.).

28. Sin embargo, como advirtió el a quo en el contrato adicional, no se pactó el pago inmediato de la suma adicionada, ni tampoco se previó en este caso porcentaje alguno por concepto de anticipo, de modo que no hubo modificación a lo acordado en el contrato inicial en relación con la forma de pago.

29. El 22 de junio de 2000, el contratista dirigió el oficio A 0258 a la entidad contratante para informar “*el estado*” del contrato y puso de presente los problemas que se le presentaron al contratista en su ejecución. Allí se indica que “*como es de su conocimiento hemos venido asumiendo alzas indiscriminadas en el costo de los chasis (...) Hydrotech cuenta con la exención al impuesto a las ventas 542 del 20 de enero de 1999 del Ministerio del Medio Ambiente, sin embargo en el momento de solicitarse la adquisición de los chasis se nos informa que la exención al IVA estaba aplicando a la fecha a equipo importado y ensamblado por General Motors Colmotores y se nos solicitó por requerimiento del Ministerio del Medio Ambiente la exención 541 debía tener una extensión al fabricante con concesionario vendedor (...) exención que nos fue tramitada para fecha próximo 28 de junio de 2000, con lo cual cumplimos con requerimiento gubernamental salvando dificultad.*” (f. 29 c.ppl.).

30. Ahora, en oficio A-0258-A de 28 de junio de 2000 el contratista informa al departamento que obtuvo certificación del Ministerio “*prerrequisito obtención chasis para la continuidad y ejecutoria*”. En el mismo documento el contratista “*con el ánimo de finiquitación de los contratos*” no alegó ya la mora en el pago total del anticipo, sino el cambio de forma de pago que según él, debió haberse hecho a través de carta de crédito conforma a la propuesta. Dijo el contratista: “*(...) exponemos a consideración del señor Gobernador la solicitud de pago previo de GM Colmotores a concesionario vendedor Centro Diesel. Para tal efecto, atentamente nos remitimos a propuesta Z-0366 forma de pago carta de crédito transferible, para el caso a fabricante y/o Centro Diesel*” (f. 30 c.ppl.)¹³.

proceder a la cancelación de la respectiva cantidad de dinero. Del mismo modo mediante oficio de 10 de marzo de 2000 (f. 27-28 y 43-44 c. ppl.) el contratista informa a la entidad contratante que: “*con fecha 3 de noviembre de 1999, mandamos vía fax (...) el oficio n.º Z-0508 el aumento en los precios de los camiones sobre los cuales van montados los equipos de la referencia, dicho precio es la suma de \$80.700.000 con lo cual se presenta un sobreprecio de \$15.700.000 con referencia al precio cotizado por nosotros el cual fue de \$65.000.000. La compañía representante de los vehículos, en forma espontánea, nos dio un precio especial (...) El día 17 de noviembre de 1999 presenté a Ustedes en sus oficinas de Valledupar, un oficio solicitándoles la elaboración de los respectivos otrosí (...), con el fin de lograr la cancelación de dichas diferencias de precio*”.

A la fecha no se ha llevado a cabo la elaboración de los otrosí (sic), ni se ha cancelado los dineros respectivos. Por lo tanto, comedidamente solicito a ustedes su colaboración, para que dicho trámite sea realizado con la mayor celeridad y así poder adquirir los camiones y proceder a montar las cajas compactadotas que ya están elaboradas en nuestra planta de Bogotá (...)

¹³ En el mismo sentido mediante oficio A 0289 de 14 de julio de 2000 solicitó el estudio jurídico de documento de pago (carta de crédito-aceptación bancaria) endosable a GM Colmotores, “*para el efecto, nos remitimos a nuestra propuesta Z-0366, forma de pago con carta de crédito*” la cual- aduce- según la cláusula primera del contrato forma parte integrante del mismo. Y al concluir señaló: “*Atentos a su aprobación jurídica u otrosí a los contratos como mecanismo de pago transferible*” (f. 31 c.ppl.).

31. Más adelante el contratista insistió en su solicitud de elaboración de una “*carta de crédito*” o de una “*aceptación bancaria*” como mecanismo de pago aparece también en el oficio A 0371-A de 22 de septiembre de 2000 (f. 33-34 c. ppl.)¹⁴. En ese mismo oficio se dice que como el 50% del contrato [por su parte] se halla cumplido “*debe proceder la ejecutoria del otro 50% es decir adquisición de chasis, montaje y entrega [de] equipos recolectores compactadores de basura respectivamente*”¹⁵.

32. De una lectura conjunta de la prueba documental referida (que como se advierte es muy precaria y no da cuenta efectiva de la ejecución del contrato sino más bien se centra en la posición del contratista frente a la interpretación de algunas cláusulas), se tiene que, por una parte, el accionante no acreditó que hubiese cumplido las obligaciones a su cargo (consistente en la entrega del equipo recolector compactador de basuras “*montado sobre camión*”) y, por otra, que la entidad -si bien tuvo un retraso en el pago del anticipo- lo cierto es que cumplió con el desembolso del 50% convenido en la cláusula segunda del contrato.

33. En efecto, de acuerdo con la cláusula segunda del contrato el valor del contrato era de \$138.580.000, suma que debía ser cancelada de la siguiente forma: (i) un anticipo del 50% a la legalización del contrato entendiéndose como tal la aprobación de la póliza; (ii) 50% restante una vez el contratista haya hecho entrega del equipo objeto del contrato a entera satisfacción del departamento a través del interventor del mismo, pagos estos que se harán a través de la Tesorería General del Departamento

34. Por manera que las partes, en el propio texto del negocio jurídico, de un lado, dejaron claro que habría un anticipo del 50% del valor total del contrato y, por otro, que la suma restante sería sufragada a la entrega del equipo objeto del contrato. En tal virtud, de la declaración conjunta consignada en la referida cláusula se desprende que las partes entendían que la forma de pago sería de esa manera.

35. A partir de la *communis intentio* (1618 C.C.) que aparece exteriorizada en el cuerpo de la cláusula segunda, se concluye que las partes tenían en claro que la forma de pago se haría de esa manera simple: una mitad como anticipo y otra restante con la entrega final del equipo por parte del contratista. O lo que es igual, no existía -como alega el recurrente- otra forma pactada que derivase de la oferta.

36. A este propósito la Sala reitera lo expuesto en torno al alcance de la hermenéutica contractual y la importancia que tiene determinar el significado que tuvo para las partes en su momento una cláusula contractual:

El contenido de los artículos 1602 y 1618 del Código Civil colombiano representa el principio y fin de la institución contractual, en atención a que la autonomía de la voluntad, en condición de fuente de derechos y obligaciones, se objetiva en el contrato y cobra desarrollo pleno cuando es interpretada y se le asignan efectos conforme a la intención común de los contratantes.

(...) Este principio de la interpretación de los contratos pertenece a una larga tradición jurídica que inicia en Roma (...), tiene un punto importante en la formulación que se hace bajo la racionalización jurídica de Domat (...) y,

¹⁴ En este caso “*anticipándose*” a “*que se apruebe la reforma tributaria solicitada por el gobierno nacional, la cual cursa y que deroga exención existente al impuesto a las ventas*”

¹⁵ Existe otro documento que dice ser fechado el 19 de septiembre de 2000, pero como aparece sin firma, no será valorado (f. 35-40 c. ppl.).

años más adelante, de Pothier (...), para finalmente incorporarse dentro de la normatividad en los códigos civiles expedidos en Europa (...) y en América Latina durante los siglos XIX y XX¹⁶.

37. Por otro lado, no puede alegarse que en la propuesta¹⁷ se previó la forma de pago y que a ella hay que atenerse. Es importante resaltar que no sólo la cláusula segunda del contrato, como se vio, reguló de manera clara el asunto relativo a la forma de pago, sino que además de acuerdo con la cláusula primera, las condiciones del objeto (y sólo respecto de éste) se harían de conformidad con la propuesta¹⁸ (f. 7-10 c. ppl.). De modo que en este asunto las partes también acordaron darle un alcance limitado a la propuesta en relación con el contenido obligacional del negocio jurídico: el objeto del contrato y no su forma de pago, que ya aparece reglada en el texto del negocio jurídico. De modo que aunque la propuesta habló de una forma diversa de pago (cartas de crédito) ello no entraña que las partes han debido estarse a lo allí pactado y, por ello, mal puede el contratista alegar un pretendido incumplimiento en este punto. En otros términos, las partes de común acuerdo, con posterioridad a la oferta, dentro del texto contractual decidieron una forma de pago distinta a la propuesta en la oferta y este pacto es lo que finalmente las obliga, habida consideración que constituye la expresión final y vinculante de su voluntad conjunta y congruente.

38. Tampoco le asiste razón al contratista cuando sostiene que el contrato adicional n.º 01 al contrato de venta n.º 112 de 1999 haya modificado la forma de pago, pues lo único que hizo -a instancias del hoy demandante- fue adicionar el valor del mismo en \$ 10.858.000,00 sin que se hubiere pactado, como señaló la sentencia recurrida, un pago inmediato ni tampoco un porcentaje por concepto de “anticipo”.

39. Del mismo modo no son admisibles las consideraciones del actor en el sentido que al departamento le correspondía el pago total del valor del camión, cuando en conformidad con la cláusula primera del contrato de compra venta n.º 112 de 1999 (f. 11-13 c.ppl.), el objeto del contrato era la venta de un equipo recolector compactador de basuras “montado sobre camión”. Una vez entregado el anticipo

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de junio de 2011, Exp. 38.619, rad. 11001-0326-000-2010-00024-00, Convocante: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, Convocado: Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla, Naturaleza: Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, C.P. Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

¹⁷ Al tenor de la propuesta: “*Gustosamente presentamos a su consideración, oferta para suministro de equipo utilizado en aseo urbano, recolector de basura, tipo compactador, cargue trasero y descargue por caja expulsora, marca HYDROTECH, modelo HRC 16 Yardas cúbicas, capacidad 16 Y³ de basura compactada igual a 10.500 kgs, montado sobre camión a elección del cliente similar o de características a camión Ford 8000/Kodiak, eje trasero sencillo.*

El equipo HRC 16Y³ HYDROTECH recolector y opcionalmente con capacidad de autocargarse cajas estacionarias de 2 Y³ y con gran capacidad receptora de basuras y elementos anchos es la SUPER-ESTRUCTURA que revierte su inversión, es económico, comercial, da servicio industrial de recolección de basuras municipales.

El cuerpo o caja es del tipo recolector compactador municipal. Esta serie cumple con los estándares ambientales y sanitarios de la legislación colombiana. Está habilitado para recoger automáticamente los desechos contaminantes vaciándose a si mismo las cajas estacionarias evitando el contacto directo con la basura; su tolva de recogido es suficientemente amplia abarcando todo el ancho de la unidad permitiendo recibo de elementos voluminosos como muebles, cajas, bultos, etc.; mas bolsas domiciliarias u otros objetos para ser depositados manualmente, en diseño ergonómico.

El sistema de compactación es accionado hidráulicamente por comandos localizados en parte posterior del recolector así como la función de descargue la cual es promovida por placa eyectora y el sistema de elevación (...)

Especificaciones técnicas [a continuación se detalla las características del equipo

(...) Condiciones comerciales [se alude a la forma de pago]”.

¹⁸ Oficio Z-0036

(que como se vio fue entregado en su totalidad de acuerdo a lo acordado) el contratista tenía un plazo para cumplir con la entrega del bien objeto de compraventa, lo cual no tuvo lugar.

40. De acuerdo con lo anterior el contratista no dio cabal cumplimiento al contrato n.º 112 de 1999, en tanto no obstante haber recibido la totalidad del anticipo, no cumplió con la entrega del equipo y por lo mismo no hay lugar a acceder a las pretensiones sobre indemnización de perjuicios. El contratista, de acuerdo con el escaso material probatorio, se abstuvo de cumplir la obligación alegando un pretendido incumplimiento por parte de la entidad, en lo que hace a la forma de pago, el cual -como se vio- no se configuró.

41. De manera que el actor no logró demostrar en el proceso que hubiese cumplido con las obligaciones a su cargo y -muy por el contrario- se advierte que la entidad, aunque con un retraso, no se apartó de los dictados del negocio jurídico en cuanto refiere a la forma de pago del anticipo y quedó pendiente la entrega del equipo a cargo del contratista, quien, luego de alegar unos incrementos en los precios, pretendió que la entidad asumiera el pago a través de la carta de crédito de los mismos, no obstante que ya se le había sufragado el anticipo en las condiciones acordadas.

42. Ahora, la Sala¹⁹ ha aceptado la aplicación de la excepción de contrato no cumplido -*exceptio non adimpleti contractus*-, prevista en el ordenamiento jurídico civil (art. 1609 del C.C.), en los contratos celebrados por la administración, para inhibir la potestad de declarar la caducidad del contrato, pero bajo ciertas condiciones particulares.

Excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación estatal

43. Como es sabido, el artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual “la mora de uno purga la mora del otro”, consagra la *exceptio non adimpleti contractus*, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica.

44. Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La *exceptio non adimpleti contractus* tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones²⁰.

¹⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 23 de febrero de 2012, rad. 05001-23-25-000-1992-0584-01(21.317), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de enero 31 de 1991, exp. 4739, CP Julio César Uribe Acosta; septiembre 15 de 1983, Exp. 3244; junio 25 de 1987, exp. 4994, CP Jorge Valencia Arango; mayo 15 de 1992, exp. 5950, CP Daniel Suárez Hernández; enero 17 de 1996, Exp. 8356; marzo 15 de 2001, Exp. 13415, CP Ricardo Hoyos Duque; abril 13 de 1999, exp. 10131; febrero 21 de 1992, exp. 5857, CP Carlos Betancur Jaramillo; octubre 17 de 1995, exp. 8790; septiembre 14 de 2000, exp. 13530, CP Ricardo Hoyos Duque; febrero 16 de 1984, exp. 2509, CP José Alejandro Bonivento Fernández; septiembre 13 de 2001, exp. 12722, CP María Elena Giraldo Gómez; abril 25 de 2005, exp.

45. En el *sub examine*, la Sala advierte que si bien se presentó un retraso en el pago de una parte menor del “anticipo”, este incumplimiento no tiene la entidad suficiente como para alterar la normal ejecución del negocio jurídico. En otros términos, al no demostrar el contratista demandante un incumplimiento serio, grave, determinante de la Administración, que lo hubiese puesto en una razonable imposibilidad de cumplir, no podría alegar en su favor la excepción de contrato no cumplido.

46. Así las cosas, se tiene que, por una parte, la contratista ahora demandante no probó el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y tampoco que hubiese mediado un incumplimiento de tal entidad por parte del departamento que lo hubiese puesto en condiciones de imposibilidad de cumplir, razón por la cual no proceden las condenas solicitadas en las pretensiones de la demanda; pero, por otra parte, tampoco acreditó un incumplimiento grave por parte de la entidad demandada.

47. En consecuencia, se confirmará la sentencia del Tribunal *a quo*.

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

FALLA:

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 19 de septiembre de 2002, por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual se decidió negar las súplicas de la demanda.

SEGUNDO. DEVUÉLVASE, en firme este proveído, el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO