

TITULO EJECUTIVO - Acta de liquidación bilateral del contrato / ACTA DE LIQUIDACION BILATERAL DEL CONTRATO - Título ejecutivo

Cuando se realiza la liquidación bilateral o por mutuo acuerdo del contrato, la respectiva acta suscrita entre las partes, contiene obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo de las mismas, de tal suerte que dicho documento constituye título ejecutivo y ello es así, como quiera que dicho acto se constituye en un negocio jurídico extintivo en el que las partes en ejercicio de su autonomía privada definen las cuentas del mismo, precisan el estado en que quedaron las prestaciones –créditos y deudas recíprocas- y se obligan a lo estipulado en el documento que se suscribe y la contiene. Igualmente, atendiendo a la naturaleza y a la finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio inveterado de la Corporación que si se realiza la liquidación bilateral, esto es, por mutuo acuerdo entre la administración y su contratista, y no se deja salvedad en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes en el acta en la que se vierte el negocio jurídico que extingue el contrato, no es posible que luego prospere una demanda judicial de pago de prestaciones surgidas del contrato. Así, sobre los efectos que se desprenden del acta de liquidación de un contrato suscrita por acuerdo entre las partes, la Sala también se ha pronunciado en los siguientes términos: El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. En suma, el acta de liquidación suscrita entre las partes constituye título ejecutivo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los efectos del acta de liquidación bilateral del contrato estatal, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 25 de noviembre de 1999, rad. 10893; de 6 de mayo de 1992, rad. 6661; de 6 de diciembre de 1990, rad. 5165; de 30 de mayo de 1991, rad. 6665; de 19 de julio de 1995, rad. 7882 y de 22 de mayo de 1996, rad. 9208. Sobre el acta de liquidación bilateral del contrato como título ejecutivo, Sección Tercera, sentencia de junio 22 de 1995, rad. 9965.

PROCESO EJECUTIVO - Excepciones de mérito / EXCEPCIONES DE MERITO - Proceso ejecutivo

El mecanismo fundamental que se encuentra al alcance del ejecutado, para ejercer su derecho de defensa en el trámite del proceso ejecutivo, es la interposición de excepciones de mérito, con la finalidad de enervar la pretensión, esto es, con el propósito de dejar sin fundamento la obligación contenida en el documento correspondiente que sirve como título ejecutivo y, por consiguiente, su carácter de clara, expresa o exigible. En otras palabras, se trata de medios de defensa que atacan la obligación material contenida en el título de recaudo ejecutivo y que implican su desconocimiento total o parcial. Sin embargo, la procedencia de estas excepciones se encuentra limitada por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o laudo de condena, o en otra providencia que conlleven ejecución, solo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia.”. Disposición que la jurisprudencia de esta Sala ha considerado aplicable a los

procesos ejecutivos cuyo conocimiento corresponde a esta Sala, cuando el título ejecutivo base del recaudo, se encuentra integrado por un acto administrativo. Ahora bien, se pregunta la Sala qué sucede en los casos en los cuales, el título ejecutivo no está integrado por una “providencia judicial”, sino que proviene de un negocio jurídico o de un documento en el que el deudor reconoce expresamente una obligación, como sucede, en materia de los contratos estatales, en los casos en los cuales se procede de común acuerdo a su liquidación. A este respecto, se considera que en estos eventos de conformación de un título ejecutivo complejo, la procedencia de las excepciones de mérito no tienen el límite anotado a efectos de enervar la procedencia del cobro de la obligación en él contenida, toda vez que resulta aplicable el numeral primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo el demandando podrá proponer excepciones de mérito, expresando los hechos en que se funden”, disposición que no limita la procedencia de las mismas a unas específicas y determinadas, como ocurre en el evento previsto en el numeral 2 de dicha disposición, al cual ya se hizo referencia. Es por lo anterior que en estos eventos, es viable el estudio de excepciones de carácter dilatorio, tales como la falta de exigibilidad de la obligación por no haber llegado la fecha del vencimiento para efectos de su cumplimiento o acaecido la condición a la cual se encontraba supeditada; extintivas encaminadas a desconocer el acto de donde proviene la obligación y, por contera, la existencia de la misma; o en fin impositivas las cuales sin desconocer el acto respectivo suponen circunstancias para la extinción de la obligación.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación del numeral 2 del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil a procesos ejecutivos cuyo título ejecutivo base del recaudo esté integrado por un acto administrativo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de julio de 2005, rad. 23565.

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Condiciones / EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS - Condiciones / EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Efectos. Incumplimiento del contrato / PROCESO EJECUTIVO - Exceptio non adimpleti contractus. Procedencia

Quien pretenda el cumplimiento o la resolución sin haber cumplido previa o simultáneamente las obligaciones que le corresponden, puede ver frustrada su pretensión por la excepción de contrato no cumplido (*non adimpleti contractus*), que el otro contratante oponga y que se ha fundado, según la doctrina y la jurisprudencia, en lo dispuesto en el art 1609 Código Civil, según el cual “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y en el tiempo debidos.” Por el contrario, quien ha cumplido el contrato, pero ha sido víctima del incumplimiento de la otra parte, se libera de la ley contractual, porque puede pedir que el contrato se resuelva, aunque también, según le convenga, puede pedir que el otro contratante sea condenado a cumplir. Las reglas explicadas en precedencia, propias del régimen del derecho común, son aplicables en relación con la responsabilidad contractual del estado ya que la misma puede comprometerse con fundamento en la culpa (art. 50 de la Ley 80 de 1993), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales pero sujetas o armonizadas con las reglas del derecho administrativo en caso de que exista norma expresa en éste y, por supuesto, con prevalencia del interés público. En definitiva, esta Corporación determinó entonces su aplicación condicionada principalmente al cumplimiento de estos requisitos: a) existencia de un contrato sinalagmático, fuente de obligaciones recíprocas o correlativas; b) no cumplimiento actual, cierto y

real de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; c) un incumplimiento serio, grave, determinante, y si se trata de la Administración tiene que poner al contratista en razonable imposibilidad de cumplir, y d) que el que la invoca no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo. Se concluye entonces que, en los eventos en que mediante un proceso ejecutivo la parte ejecutante pretenda el cobro de una obligación, clara, expresa y exigible reconocida en su favor en contrato bilateral sinalagmático, será procedente la exceptio non adimpleti contractus, cuando quiera que no haya cumplido o no se haya allanado a hacerlo, toda vez que como se explicó en este tipo de relaciones jurídicas lo fundamental es la existencia de obligaciones recíprocas en cabeza de las partes. Es claro entonces, se reitera, que la obligación reconocida en el acta de liquidación no es correlativa al cumplimiento de los compromisos adquiridos en el proyecto de acta de acuerdo, como quiera que dicho pago corresponde a la previa ejecución del contrato 1067 suscrito entre el INVÍAS y el DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA y que dicha acta contiene una obligación, clara, expresa y exigible por este concepto, reconocida por el deudor, esto es, el INVÍAS, razón por la cual es procedente su cobro por la vía ejecutiva y todos aquellos aspectos a que se refieren los testimonios practicados en el proceso sobre el supuesto incumplimiento tanto del contrato como de los compromisos asumidos en el proyecto de acta de acuerdo, deberán ser reclamados por la entidad a través de los mecanismos procesales establecidos para tal efecto.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1546 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1609

OBLIGACION CONDICIONAL - Concepto / CONDICION - Características / PLAZO - Características / CONDICION - Diferente a plazo / OBLIGACION CONDICIONAL - Excepción

Este tipo de obligación presenta las siguientes características esenciales: i) debe consistir en un hecho futuro y, por lo mismo, excluye el hecho pasado o presente, al igual que el plazo; es decir, se trata de un hecho que está por venir, después de celebrado el negocio jurídico; ii) debe ser objetivamente incierto, es decir, no puede conocerse si se realizará o no, y en esto difiere del plazo porque en éste se sabrá que ocurrirá el hecho que lo constituye, aunque no se sepa exactamente cuándo; iii) es de carácter excepcional y no se presume, es decir, que debe ser expresamente pactada en el contrato mediante cláusulas accidentales o prevista en la ley. Ahora bien, de acuerdo con la legislación civil, la condición puede ser positiva o negativa. La condición también puede ser potestativa, casual o mixta. La ley establece que si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida y sujeta a la misma regla las condiciones cuyo sentido y el modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles (art. 1537 C.C.). La Corte Suprema de Justicia afirma que al fallar una condición, la obligación no se convierte en pura y simple, sino que desaparece o se extingue, y que cuando falla la condición el contrato o el negocio no se torna nulo, simplemente desaparece la correspondiente obligación y se debe restituir las prestaciones recibidas cuando dicho contrato alcanzó a ser ejecutado. Por su parte, Al tenor del artículo 1551 del Código Civil “El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación”. Sin embargo, la doctrina ha entendido, en una perspectiva jurídica más amplia que abarca las obligaciones y derechos, que el plazo es “...un hecho futuro y cierto del que pende el goce actual o la extinción de un derecho...” (art. 1138 C.C.). En tal virtud, son notas características del plazo: i) ser un hecho futuro que debe realizarse con posterioridad al acto o contrato; y ii) ser cierto, esto es, que pueda saberse dentro de las previsiones humanas que se realizará. En el

presente asunto, en el acta final No. 314 en la que se liquidó el contrato 1067/94, según se señaló, el INVÍAS reconoció como saldo pendiente la suma \$667.679.668,60 equivalente a 2.483.923.00 coronas danesas, el cual se cancelaría con un crédito del Banco Mundial no reembolsable, a la tasa representativa del mercado del día en que se hiciera efectivo el pago. En conclusión, en el presente asunto se encuentra demostrado: i) que en el acta de liquidación la entidad demandada reconoció deber una suma de dinero como contraprestación de la ejecución a satisfacción del contrato de consultaría No 1067/94; ii) que, en rigor, en el acta de liquidación no se sometió o subordinó el pago de la deuda a la aprobación de un crédito por parte de la banca internacional, es decir, no se condicionó su cancelación, sino que simplemente se mencionó la fuente de los recursos que la entidad iba a utilizar para tal efecto; iii) que la obtención de los recursos era una obligación de la entidad deudora para satisfacer su obligación, sin que el no adelantamiento de las gestiones para obtener el crédito la libere del cumplimiento de su obligación dineraria, dado que, de antemano, las partes habían acordado una fecha (plazo) para el pago total de la obligación (1 de noviembre de 2000) y iv) que al vencimiento de dicha fecha, y para la presentación de la demanda, esa suma de dinero aún no ha sido satisfecha por la entidad deudora, razón por la cual lo procedente, sin que con ello se vulnere el principio de la buena fe contractual, era iniciar el trámite del proceso ejecutivo respectivo, para efectos de la satisfacción de su derecho y el cobro de los intereses.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1551 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1138

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 18 de agosto de 1954, LXXVIII, 342 y de 28 de junio de 1993, rad. 3680. MP. Carlos Estaban Jaramillo Schloss.

EXCEPCION DE COMPENSACION - Condiciones / COMPENSACION - Excepción

La compensación es un modo de extinción de las obligaciones recíprocas de las partes, que tiene por finalidad evitar un doble pago entre ellas y que se aplica en aquellos eventos en los cuales dichas partes son “acreedora y deudora de la otra de cosas de género iguales y, por ello, fungibles o intercambiables entre sí”. De la lectura de los artículos 1714 y siguientes del Código Civil, para que opere por disposición de la ley dicho modo de extinción de las obligaciones, es necesario que concurren los siguientes requisitos a saber: (i) Que se trate de obligaciones recíprocas entre dos personas, esto es que cada una de las partes debe ser deudora “personal y principal de la otra” según la exigencia establecida en el artículo 1716 íbidem. (ii) Que el objeto de dichas obligaciones recíprocas sea dinero o cosas fungibles, esto es, que se trate de aquellas que pueden ser reemplazadas por otras de igual calidad y género, razón por la cual no es viable la compensación de obligaciones de dar cuerpos ciertos, toda vez que se trata de cosas determinadas que no pueden ser sustituidas por otras de su misma clase. Es por lo anterior que la doctrina ha considerado que “no son compensables entre sí las obligaciones de hacer propiamente dichas, o sea las que versan sobre la ejecución de un hecho, ni las de no hacer que tienen por objeto una abstención. Nuestro Código no da pie a controversias que aún subsisten...ya que el comentado ordinal 1° del art. 1715 se refiere a las cosas fungibles, circunscribiendo así el ámbito de la compensación a las obligaciones de dar o de entregar cosas de esta clase”. (iii) Que las obligaciones sean exigibles, esto es que su nacimiento o cumplimiento no se encuentren sometido a un plazo o a una

condición, o que estándolo ya hayan ocurrido. (iv) Que las obligaciones sean líquidas, esto es que se encuentre determinado el monto al cual asciende cada una de ellas. La Sala considera que no es procedente la compensación de las obligaciones, como quiera que no se verifican los presupuestos para ello. En efecto, la obligación asumida por el INVÍAS, consiste en pagar una suma dinero, y la del DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA, no implica una obligación de dar, sino que conlleva una prestación de hacer, esto es, de nombrar un ingeniero experto, razón por la cual la obligación no es líquida porque su monto no se encuentra cuantificado, y no implica la entrega de una cosa “fungible”, esto es que pueda ser cambiada por otra de igual calidad o género.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1714

PROCESO EJECUTIVO - Entrega de dineros embargados. Oportunidad y condiciones / ENTREGA DE DINEROS EMBARGADOS - Oportunidad y condiciones. Improcedencia / PROCESO EJECUTIVO - No termina con la sentencia / PROCESO EJECUTIVO - Liquidación del crédito / ENTREGA DE DINEROS EMBARGADOS - Liquidación del crédito

El proceso ejecutivo no finaliza con la sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución y por ello el Código de Procedimiento Civil establece la fase de la liquidación del crédito, la cual supone la determinación con exactitud del valor actual de la obligación, adicionada con los intereses y otros conceptos por los cuales se haya dispuesto la orden de pago, e incluso comprende la fijación de su valor de acuerdo con la tasa de cambio, cuando se haya pactado en moneda extranjera. Así las cosas, es claro que una vez se dicta sentencia de mérito sea que en ella se modifiquen las bases o no del mandamiento ejecutivo, no es viable la entrega de los dineros embargados al ejecutante, como quiera que en ese estado del proceso, no se tiene certeza del monto final de la deuda y por ende es necesario que previamente a dicha entrega se determine el valor al cual asciende la obligación. Lo contrario, esto es, ordenar la entrega de los títulos embargados en la sentencia, implicaría pretermirir una instancia fundamental del proceso ejecutivo y ordenar el pago de una obligación ilíquida, toda vez que, se reitera, en ese momento del proceso no se tiene certeza del valor al cual asciende la misma.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 522

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá D.C., once (11) de noviembre dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01920-02(32666)

Actor: DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍA INVIAS

Referencia: PROCESO EJECUTIVO

Atendiendo la prelación dispuesta por la Sala en sesión de 5 de mayo de 2005, según consta en el Acta No. 15 de esa fecha, se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Nacional de Vías, INVIAS, en su calidad de parte ejecutada, en contra de la Sentencia de 17 de noviembre de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se decidió:

“PRIMERO.- *Declarase no probadas las excepciones de ‘Contrato no cumplido’ ‘Falta de Exigibilidad del Título Complejo en contra del Instituto Nacional de Vías’ ‘Reconocimiento de la obligación condicionada al pago con cargo a un crédito no reembolsable del Banco Mundial’, ‘Reconocimiento de intereses moratorios condicionado a la suscripción por las partes de un documento independiente, el cual no existe’, ‘Compensación’, propuestas por el ejecutado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

“SEGUNDO: *Ordénese seguir adelante con la ejecución de acuerdo con lo dispuesto en el auto de mandamiento ejecutivo, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.*

“TERCERO: *Condénese en costas al ejecutado, de conformidad con el artículo 393 y demás normas concordantes del Estatuto Procesal Civil teniendo en cuenta lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.*

“CUARTO: *Practíquese la liquidación del crédito de conformidad con el artículo 521 del C.P.C., y demás disposiciones concordantes teniendo en cuenta lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.*

“QUINTO: *Se fijan como agencias en derecho la suma de cincuenta y cuatro millones trescientos treinta y ocho mil cuatrocientos noventa y nueve pesos (54.338.499 M/CTE) la cual deberá cancelar el Instituto Nacional de Vías.*

“SEXTO: *Por secretaría comuníquese la presente decisión a la Sección Tercera del Consejo de Estado, de conformidad con lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 354 del C.P.C.*

“SEPTIMO: *Notifíquese la presente providencia por edicto”.*

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

1.1 Mediante escrito presentado el 28 de agosto de 2002, el DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA - ROAD DIRECTORATE MINISTRY OF

TRANSPORT- DENMARK, mediante apoderado presentó demanda en ejercicio de la acción ejecutiva, en contra del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIAS, con la finalidad de que se librara mandamiento de pago por las siguientes sumas de dinero:

“1.1 Librar orden de pago a favor del DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA - ROAD DIRECTORATE MINISTRY OF TRANSPORT- DENMARK por las siguientes sumas teniendo en cuenta el acta final de liquidación del contrato 1067 de 1994, suscrita por el DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA ROAD DIRECTORATE MINISTRY OF TRANSPORT- DENMARK - y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS el día treinta (30) de agosto de (1999), y de conformidad con el proyecto Acta de Acuerdo suscrita entre las mismas partes el treinta (30) de agosto de (1999), documentos de los cuales se desprenden obligaciones expresas, claras y exigibles en cabeza del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS y a favor del DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA – ROAD DIRECTORATE MINISTRY OF TRANSPORT- DENMARK-:

1.1.1. Por concepto de capital pendiente de pago, la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS VEINTITRÉS CORONAS DANESAS (DKK\$2.483.923), sin incluir el valor del impuesto al Valor Agregado – I.V.A.-, suma exigible a partir del dos (2) de noviembre de (2000), la cual deberá ser cancelada en pesos colombianos, teniendo en cuenta la tasa representativa de cambio al momento del pago.

1.1.2. Por concepto de intereses moratorios sobre la pretensión 1.1.1, liquidados a la tasa del cuatro por ciento (4%) anual + LIBOR, desde que la obligación se encuentra en mora, esto es, desde el día dos (2) de noviembre de dos mil (2000), de conformidad con la certificación que para el momento del pago expida el Banco de la República en relación con el valor de la tasa LIBOR.

2. Fundamentos de hecho

Las pretensiones formuladas tuvieron como fundamento fáctico el siguiente:

Que entre el DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA - ROAD DIRECTORATE MINISTRY OF TRANSPORT- DENMARK y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIAS, se suscribió el contrato de consultoría No 1067/94, cuyo objeto fue la implementación de un sistema de administración para el mantenimiento vial.

Que ejecutado dicho contrato, las partes del mismo suscribieron el 30 de agosto de 1999, un proyecto de acta de acuerdo y el acta de liquidación final del mismo No

314, con el propósito de dar por terminada la relación contractual y en los cuales el INVÍAS reconoció adeudarle al DIRECTORADO, la suma de (\$ 667'679.668,60).

Que dichos documentos contienen una obligación clara expresa y exigible, que debe ser pagada en el trámite de un proceso ejecutivo.

3. Mandamiento de pago.

3.1. El *a quo* mediante auto de 7 de noviembre de 2002, resolvió abstenerse de librar mandamiento de pago, por cuanto consideró que del acta de acuerdo que suscribieron las partes el 30 de agosto de 1999 en la que fijaron las obligaciones de cada una de ellas para poner fin al contrato No.1067 de 1994 y del acta de liquidación final del mismo de esa misma fecha, no se desprenden obligaciones claras, expresas y exigibles, ya que la cancelación del saldo a favor del contratista se condicionó a la gestión de un crédito con el Banco Mundial no reembolsable y además, al cumplimiento de otros requisitos por parte del contratista como la designación de un ingeniero experto en el manejo del “programa Belman con dominio del Español”, asignándole funciones de asesoría y capacitación, junto con la respectiva rendición de informes.

3.2. La parte ejecutante interpuso recurso de reposición en contra de la anterior decisión, el cual fue resuelto por esta Sala mediante providencia de 6 de noviembre de 2003, en la cual se revocó la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fundamento en que los documentos suscritos el 30 de agosto de 1999, esto el acta de liquidación del contrato suscrito y el proyecto de acta, contienen una obligación clara, expresa y exigible que permite librar mandamiento de pago en contra de la entidad ejecutada, como quiera que el haberse acordado que el saldo sería cancelado con un crédito del Banco Mundial, no significaba que ante la eventualidad de que el crédito no se aprobara no habría pago, ya que de cualquier manera quedó claro que la entidad demandada iniciaría las gestiones para conseguir el crédito e independientemente del resultado de esas gestiones, en todo caso procedería a la cancelación el saldo a más tardar el 1 de noviembre de 2000, fecha a partir de la cual además se pactó la causación de los intereses de mora.

Adicionalmente y previa solicitud del ejecutante, en dicha providencia se ordenó el embargo y retención de los recursos que se encuentren destinados en el

presupuesto del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, al pago de sentencias o conciliaciones, así como de los dineros que dicho Instituto tenga o llegara a tener depositados en varias cuentas bancarias.

4. La oposición de la demandada.

4.1. Mediante escrito presentado el 24 de febrero de 2004, la parte ejecutada presentó las siguientes excepciones de mérito:

4.1.1. *Contrato no cumplido*, con fundamento en que en los documentos con base en los cuales se libró mandamiento de pago, las partes asumieron obligaciones recíprocas, razón por la cual mal podría el DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA exigir el pago del monto adeudado por parte del INVÍAS, cuando no se ha allanado a cumplir las obligaciones por dicha entidad asumidas y que correspondían a aquellas que quedaron pendientes derivadas del contrato 1067 de 1994, suscrito por tales organismos.

4.1.2. *Falta de exigibilidad del título ejecutivo*, ya que el reconocimiento de la obligación adquirida por el INVÍAS, se encontraba condicionada al cumplimiento de una serie de obligaciones, las cuales correspondían a varios de los compromisos adquiridos por las partes en el contrato mencionado y que quedaron pendientes de cumplimiento, relacionadas con la necesidad de gestionar un crédito ante el Banco Mundial y la designación por parte del ejecutante, de un ingeniero experto en el manejo del programa Belman con dominio de español, con la finalidad de desarrollar funciones de asesoría y capacitación, las cuales debieron cumplirse una vez efectuada la liquidación del contrato.

4.1.3. *Reconocimiento de la obligación condicionada*, como quiera que el pago de la deuda correspondiente al saldo del contrato 1067 de 1994, al que se comprometió el INVÍAS, se encontraba sujeto a la condición de que se autorizara un crédito por el Banco Mundial, con cargo al cual se procedería a la satisfacción de la respectiva obligación, y como tal circunstancia nunca se cumplió, no puede pretenderse que la deuda sea cancelada con recursos propios de la entidad, cuando no se estableció siquiera la partida presupuestal para tal efecto.

4.1.4. *Reconocimiento de intereses moratorios condicionado*, toda vez que las partes acordaron que para la causación de los mismos se debería elaborar un

documento independiente, según se constata en el proyecto de acta de acuerdo de 30 de agosto de 1999, el cual nunca fue suscrito por las partes razón por la cual no se puede pretender el cobro por vía ejecutiva, en relación con dichos intereses.

4.1.5. *Compensación*, con fundamento en que el DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA, dejó de cumplir una serie de obligaciones asumidas en el proyecto de acta de acuerdo de 30 de agosto de 1999, las cuales estima en el valor por el cual se pretende la ejecución y que por ende deben ser compensadas, con la obligación asumida por el INVÍAS en el acta de liquidación del contrato.

5. Actuación en primera instancia:

5.1 Mediante providencia de 2 de septiembre de 2004, se corrió traslado por el término de diez (10) días a la parte ejecutante con la finalidad de que se pronunciara en relación con las excepciones propuestas por la parte ejecutada. En dicho término, el ejecutante manifestó:

5.1.1 Que no es procedente la excepción de contrato no cumplido, con fundamento en que en las obligaciones adquiridas en virtud del contrato No. 1067 de 1994 fueron cabalmente cumplidas, según se aprecia de lo establecido en el acta de liquidación del contrato, la cual por lo demás fue suscrita sin reparo alguno por las partes, y que aquellas adquiridas con la suscripción del proyecto de acta de acuerdo, relacionadas con el deber de nombrar un ingeniero experto para la implementación del sistema de software adquirido por el ejecutado, son nuevas obligaciones, que no fueron ejecutadas por el incumplimiento del deber de actuar de buena fe por parte del INVÍAS, razón por la cual manifestó *“mal haría...en ejecutar nuevas actuaciones sobre las cuales no tiene certeza alguna de que le vayan a ser remuneradas ya que el ente contratante no ha demostrado su voluntad de pago desde el comienzo”*

5.1.2 Que no prospera la excepción de *falta de exigibilidad del título ejecutivo*, toda vez que esta Corporación, mediante el auto que ordenó librar mandamiento de pago, señaló expresamente que el cumplimiento de la obligación asumida por el INVÍAS, se encontraba sujeta a un plazo, el cual, para la fecha de la demanda

ejecutiva ya se encontraba vencido y no, como lo afirma el ejecutado, a una condición consistente en la obtención de un crédito otorgado por el Banco Mundial.

5.1.3 Que no tiene fundamento la excepción denominada *reconocimiento de la condición a la cual se encontraba sujeta la obligación*, como ya se indicó la misma se encontraba sujeta a un plazo y que el hecho de que no se dispusiera partida presupuestal no excusa, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, el pago de tal obligación, sobre todo si se tiene en cuenta que la ausencia de este requisito, que es previo a la celebración misma del contrato, no le es imputable al contratista.

5.1.4 Que la excepción de *reconocimiento de intereses moratorios condicionado a la suscripción de un documento independiente* no puede prosperar, toda vez que en realidad lo que se hizo en el proyecto de acta de acuerdo fue otorgarle un plazo para la gestión de los recursos respectivos, situación que no implica la existencia de una condición, toda vez que de cualquier manera el pago debió realizarse a más tardar el primero (1) de noviembre de 2000, fecha a partir de la cual se causaron los intereses a la tasa pactada en el acuerdo suscrito por las partes.

5.1.5. Que no es pertinente la excepción de *compensación*, como quiera que la obligación adquirida de nombrar un ingeniero experto no es del mismo género y calidad y actualmente no es exigible, toda vez que estaba sujeta a que se gestionara un nuevo crédito, distinto del que debía obtenerse para el pago de lo correspondiente al contrato 1067 de 1994, razón por la cual no se verifican los requisitos establecidos en el artículo 1714 del Código Civil para que opere este mecanismo de extinción de las obligaciones.

5.2. Mediante auto de 24 de febrero de 2005, se abrió el proceso a pruebas.

5.3. En auto de de 21 de julio siguiente se corrió traslado a la partes para que presentaran alegatos de conclusión.

5.3.1.- La parte ejecutada, además de reiterar las excepciones propuestas, manifestó que de conformidad con demostrado en el proceso, en especial con los testimonios de los señores Hugo Triana y José Orlando Gómez, se demostró el incumplimiento por parte del DIRECTORADO DE CARRETERAS DE

DINAMARCA, del contrato 1067 de 1994, razón por la cual es procedente la excepción de contrato no cumplido.

Que, además, *“al no haberse cumplido en su totalidad el objeto contractual por parte del contratista como quedó demostrado..., el cual debió cumplirse tal y como quedó consignado en el Acta de Liquidación...aplica en su totalidad la **EXCEPCIÓN DE FALTA DE EXIGIBILIDAD DEL TITULO EJECUTIVO COMPLEJO EN CONTRA DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**, por cuanto dicho reconocimiento quedó sujeto a una serie de condiciones y a la realización de varios compromisos de las partes”* que implicaban la adecuada ejecución del objeto contractual, a efectos de dar por terminado el mismo en debida forma.

5.3.2. La entidad ejecutante expresó, además de lo señalado en el escrito de contestación de las excepciones de mérito, que las obligaciones adquiridas en el acta de liquidación son nuevas y se encontraban sujetas a las gestiones que se adelantaran ante el Banco Mundial, con la finalidad de obtener un crédito adicional, las cuales de conformidad con la certificación allegada al proceso por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no fueron realizadas, razón por la cual no era procedente el cumplimiento de tales obligaciones, circunstancia que en nada afecta la obligación contenida en dicha acta de proceder al pago de la suma correspondiente al saldo adeudado por la ejecución del contrato 1067 de 1994.

Que los testimonios practicados en el proceso son sospechosos, toda vez que las afirmaciones por ellos realizadas en relación con el incumplimiento del contrato suscrito, se realizaron por personas con una relación laboral de tiempo atrás con la entidad ejecutada y además fueron rendidos por personas que no estuvieron presentes al momento de la suscripción del acta de liquidación final del contrato, debate que en el presente asunto es irrelevante, toda vez que la discusión sobre el cumplimiento o no del acuerdo, no es propio del proceso ejecutivo.

6. Decisión recurrida

Mediante Sentencia de 17 de noviembre de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las excepciones de mérito formuladas por el ejecutado y ordenó seguir adelante la ejecución y para tal efecto señaló:

Que de conformidad con el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, en los procesos ejecutivos en los cuales el título de recaudo sea una *“providencia”*, concepto dentro del cual debe entenderse también un acto administrativo, solo es viable la interposición de las excepciones de mérito de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, pero que en el presente asunto es viable el estudio de todas las excepciones propuestas por la entidad ejecutada, como quiera que el título ejecutivo está constituido por el proyecto de acta de acuerdo y el acta de liquidación final, de 30 de agosto de 1999 y no por un acto administrativo.

Que no es procedente la *excepción de contrato no cumplido*, ya que el ejecutado pudo acudir a las vías procesales establecidas para reclamar tal incumplimiento y que en el caso de la acción ejecutiva el problema jurídico no se contrae a la discusión en relación con este aspecto, sino que gira en torno al hecho de que tal contrato fue liquidado y en el acta respectiva el ejecutado reconoció la existencia de una obligación, documento que constituye título ejecutivo por contener una obligación, clara, expresa y exigible.

Que no se configura la excepción de *“falta de exigibilidad del título complejo”*, como quiera que en la providencia que ordenó librar mandamiento de pago, proferida por esta Sección, se dejó en claro que la exigibilidad de dicha obligación se encontraba sometida a la verificación de un plazo, el cual se cumplió y por ende era viable librar tal mandamiento.

Que no es cierto que la obligación estuviera *“condicionada al pago con cargo a un crédito del Banco Mundial”*, como quiera que en realidad en el proyecto de acta de acuerdo se pactó un plazo a favor de la entidad ejecutada para que consiguiera los recursos respectivos a efectos del pago de la obligación, el cual de cualquier manera debía realizarse el 1 de noviembre de 2000, según se estableció en el mandamiento de pago proferido por esta Corporación.

Que la excepción denominada *“reconocimiento de intereses moratorios condicionado a la suscripción por las partes de un documento”*, no existe, toda vez que, con fundamento en lo expuesto en el mandamiento de pago, la obligación estaba sujeta a un plazo, vencido el cual, sin que se cumpliera lo acordado, se generaron los intereses de mora respectivos a la tasa pactada por las partes.

Que de los documentos aportados al proceso, no se aprecia la existencia de una obligación líquida, exigible o que corresponda a una cosa fungible en cabeza del ejecutante y a favor de ejecutado, razón por la cual, no se dan los presupuestos, establecidos en el Código de Procedimiento Civil, para opere la excepción de *compensación*, propuesta por el INVÍAS.

7. Lo que se pretende con la apelación.

7.1 La parte ejecutada presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión, para lo cual solicitó *“tener como parte integrante...tanto el escrito de excepciones, como el de alegatos de conclusión.”*

Adicionalmente a lo ya expuesto en tales actuaciones, expresó que el *a-quo* no tuvo en cuenta que en el proyecto de acta de acuerdo, las partes adquirieron varias obligaciones recíprocas, consistentes en el pago del saldo adeudado por el contrato y en el nombramiento de un ingeniero experto en el manejo del programa Belman, obligación esta última que a la fecha de la presentación de la demanda ejecutiva no fue cumplida por DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA y la cual se encontraba pendiente a *“efectos de ejecutar debidamente el contrato.”*

Que el Tribunal al momento del fallo no tuvo en cuenta los testimonios de los señores Hugo Triana y José Orlando Gómez, los cuales dan cuenta del incumplimiento del contrato 1067 de 1994 por parte del ejecutante y reiteró los argumentos relacionados con la sujeción de la obligación, según lo pactado en el acta de liquidación, a la condición de que se tramitara un crédito con el Banco Mundial, con cargo al cual se debía cancelar el saldo pendiente del contrato, así como aquellos relativos a la procedencia de la compensación de las obligaciones.

7.2. La parte ejecutante, dentro del término establecido para tal efecto, formuló recurso de apelación adhesiva, con la finalidad de que esta Corporación adicionara la sentencia de primera instancia, en el sentido de que como consecuencia del hecho de disponer seguir adelante la ejecución, se ordenara la entrega en su favor de los dineros embargados y consignados a órdenes del proceso.

8. Actuación en segunda instancia.

8.1 El recurso de apelación fue admitido mediante auto de 17 de noviembre de 2005.

8.2 Mediante auto de 23 de junio de 2006, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto.

8.2.1. Además de reiterar los argumentos en relación con la procedencia de las excepciones de mérito, señaló el ejecutado: (i) que la conducta del ejecutante vulnera el principio de buena fe y que el acta de liquidación del contrato se suscribió, mediando de su parte un vicio del consentimiento, como quiera que *“cuando el DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA...suscribió el acta de liquidación del contrato No 1067 de 1994 sabía, era consiente y tenía el compromiso de culminar en su totalidad el objeto contratado, situación que se tradujo en una promesa para atenderlos inmediatamente, ante lo cual y bajo el principio de la buena fe, el INVÍAS fue inducido a suscribir dicha Acta de Liquidación”*; y (ii) que el pago de la suma adeudada sin el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por dicha entidad extranjera, implicaría un enriquecimiento injusto de su parte y constituiría un pago de lo no debido, como quiera que la suma respectiva corresponde a las obligaciones adquiridas en el acta de liquidación, las cuales no han sido satisfechas por el ejecutante.

8.2.2. La parte ejecutada reiteró sus argumentos en relación con la improcedencia de las excepciones formuladas y la necesidad de que como consecuencia de continuar adelante con la ejecución, se le haga entrega de los dineros embargados en el mandamiento de pago librado por el Consejo de Estado.

8.2.3. El Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia proferida en primera instancia, con fundamento en que de la lectura del acta de acuerdo y del acta de liquidación del contrato, es claro que la obligación del INVÍAS no se sujetó al cumplimiento de una obligación, esto es el hecho de que se tramitaran los recursos respectivos ante el Banco Mundial, sino a un plazo como quiera que en dichos documentos independientemente de si dicha circunstancia o no se verificaba, se pactó que en todo caso el pago se realizaría el 1 de noviembre de 2000, fecha a partir de la cual además se generaron intereses y por lo tanto, se trata de una obligación clara, expresa y exigible reconocida por el deudor.

8.3 Estando el expediente para fallo, la señora Consejera Myriam Guerrero de Escobar manifestó su impedimento para conocer del proceso, con fundamento en la casual 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la decisión recurrida, para lo cual se pronunciará en relación con los siguientes aspectos a saber: i) el acta de liquidación de un contrato estatal como título ejecutivo; (ii) Las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo y (iii) el caso concreto, en el cual se analizará cada una de las excepciones propuestas por el ejecutado.

1. El acta de liquidación del contrato como título ejecutivo.

El proceso ejecutivo tiene su fundamento en la efectividad del derecho que tiene el demandante de reclamar del ejecutado el cumplimiento de una obligación clara, expresa y exigible, motivo por el cual para iniciar una ejecución es necesario entrar a revisar el fundamento de la misma, esto es el título ejecutivo.

El artículo 488 del Código de Procedimiento Civil establece las condiciones formales y de fondo que debe reunir un documento para que de él se pueda predicar la existencia de título ejecutivo. Las condiciones formales buscan que los documentos que integran el título conformen una unidad jurídica, que sean auténticos, y que emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, o de un acto administrativo en firme.

Las condiciones de fondo buscan que en los documentos que sirven de base para la ejecución aparezcan consignadas obligaciones claras, expresas y exigibles a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, que sean líquidas o liquidables por simple operación aritmética, en el caso de obligaciones pagaderas en dinero.¹

¹ Así lo dijo la Sala en auto de 16 de septiembre de 2004, radicado al número 26.726. Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez.

Ahora bien, la liquidación del contrato es una actuación posterior a su terminación normal (culminación del plazo de ejecución) o anormal (verbigracia en los supuestos de terminación unilateral o caducidad), con el objeto de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de las cuentas para determinar quién le debe a quién y cuánto y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, y así dar finiquito y paz y salvo a la relación negocial.

Cuando la obligación que se cobra proviene de un contrato estatal, el título ejecutivo, por regla general, es complejo en la medida que está conformado no sólo por el contrato, en el cual consta el compromiso de pago, sino por otros documentos, normalmente provenientes de la Administración en los cuales conste el cumplimiento de la obligación a cargo del contratista, y de las que se pueda deducir la exigibilidad de la obligación de pago para la entidad contratante.

En ocasiones el título ejecutivo está constituido sólo por el acto administrativo, como por ejemplo, cuando la Administración, en ejercicio de la facultad que le ha sido atribuida por el artículo 61 de la Ley 80 de 1.993 liquida unilateralmente el contrato y, en tal virtud, procede a declarar la existencia de una obligación a cargo del contratista, o a reconocer la existencia de una obligación en su contra².

De igual forma, cuando se realiza la liquidación bilateral o por mutuo acuerdo del contrato, la respectiva acta suscrita entre las partes, contiene obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo de las mismas, de tal suerte que dicho documento constituye título ejecutivo y ello es así, como quiera que dicho acto se constituye en un negocio jurídico extintivo en el que las partes en ejercicio de su autonomía privada definen las cuentas del mismo, precisan el estado en que quedaron las prestaciones –créditos y deudas recíprocas- y se obligan a lo estipulado en el documento que se suscribe y la contiene.

Igualmente, atendiendo a la naturaleza y a la finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio inveterado de la Corporación que si se realiza la liquidación bilateral, esto es, por mutuo acuerdo entre la administración y su

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 5 de julio de 2006 Exp. 24812 M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Cabe tener en cuenta que la norma que hoy autoriza la liquidación unilateral es el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 1997.

contratista, y no se deja salvedad en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes en el acta en la que se vierte el negocio jurídico que extingue el contrato, no es posible que luego prospere una demanda judicial de pago de prestaciones surgidas del contrato.³

Así, sobre los efectos que se desprenden del acta de liquidación de un contrato suscrita por acuerdo entre las partes, la Sala también se ha pronunciado en los siguientes términos:

“...El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él...”⁴.

En suma, el acta de liquidación suscrita entre las partes constituye título ejecutivo.

2. Las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo.

Sea lo primero señalar que en el caso de los procesos ejecutivos que son competencia es de esta Jurisdicción, no existe un procedimiento propio en el Código Contencioso Administrativo, debiéndose acudir a aquel normado en el Código de Procedimiento Civil, toda vez que de conformidad con el artículo 267 del C. C. A. *“en los aspectos no contemplados en este código se seguirá el código de procedimiento civil”*. Conclusión reforzada en lo preceptuado por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo que establece que *“en los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.”*

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, entre otras sentencias se citan las siguientes: Sentencias de 25 de noviembre de 1999, Exp. 10893; de 6 de mayo de 1992; exp. 6661, de 6 de diciembre de 1990, Exp. 5165, de 30 de mayo de 1991, Exp. 6665, de 19 de julio de 1995, Exp. 7882; de 22 de mayo de 1996, Exp. 9208.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 22 de 1995; Exp. No. 9965.

En este sentido, el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley 794 de 8 de enero de 2003⁵, dispone que las excepciones deben ser propuestas dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo, providencia que a su vez es susceptible del recurso de reposición, cuya interposición trae como consecuencia que el término de que se dispone para proponer excepciones de mérito sólo empieza a contarse desde la notificación del auto que desata la reposición, según se desprende del contenido del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil establece que la formulación de excepciones previas, deberá hacerse mediante la interposición del recurso de reposición contra dicha providencia, mientras que en relación con las de fondo, señala que deberán formularse en escrito presentado en el término de diez (10) días, contado a partir del siguiente a la notificación personal que se haga de la providencia en la cual se profirió la orden de pago.

Ahora bien, el mecanismo fundamental que se encuentra al alcance del ejecutado, para ejercer su derecho de defensa en el trámite del proceso ejecutivo, es la interposición de excepciones de mérito, con la finalidad de enervar la pretensión, esto es, con el propósito de dejar sin fundamento la obligación contenida en el documento correspondiente que sirve como título ejecutivo y, por consiguiente, su carácter de clara, expresa o exigible. En otras palabras, se trata de medios de defensa que atacan la obligación material contenida en el título de recaudo ejecutivo y que implican su desconocimiento total o parcial⁶.

Sin embargo, la procedencia de estas excepciones se encuentra limitada por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *“cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o laudo de condena, o en otra providencia que conlleven ejecución, solo podrán alegarse las*

⁵ La norma contenida en el artículo 509 citado, fue modificada por la Ley 794 de 8 de enero de 2003, la cual es la aplicable en el presente asunto, como quiera que, si bien la demanda fue presentada con anterioridad a dicha reforma, se trata de una disposición de carácter procesal de aplicación inmediata, cuya vigencia (9 de enero de 2003, según publicación en el Diario Oficial No. 45.058) es anterior al auto que ordenó librar mandamiento de pago (6 de noviembre de 2003), razón por la cual para esta nueva etapa del proceso ejecutivo, esto es la interposición de las respectivas excepciones y el trámite de las mismas, debe aplicarse la ley procesal vigente de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

⁶ Al respecto el profesor, Eduardo J. Coutere, en su obra Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Editorial Depalma Buenos Aires, 1981, expuso: *“Las excepciones perentorias no son defensas sobre el proceso sino sobre el derecho. No procuran la depuración de elementos formales de juicio, sino que constituyen la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado.”*

excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia.”

Disposición que la jurisprudencia de esta Sala ha considerado aplicable a los procesos ejecutivos cuyo conocimiento corresponde a esta Sala, cuando el título ejecutivo base del recaudo, se encuentra integrado por un acto administrativo.⁷

Ahora bien, se pregunta la Sala qué sucede en los casos en los cuales, el título ejecutivo no está integrado por una “*providencia judicial*”, sino que proviene de un negocio jurídico o de un documento en el que el deudor reconoce expresamente una obligación, como sucede, en materia de los contratos estatales, en los casos en los cuales se procede de común acuerdo a su liquidación.

A este respecto, se considera que en estos eventos de conformación de un título ejecutivo complejo, la procedencia de las excepciones de mérito no tienen el límite anotado a efectos de enervar la procedencia del cobro de la obligación en él contenida, toda vez que resulta aplicable el numeral primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “*dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo el demandando podrá proponer excepciones de mérito, expresando los hechos en que se funden*”, disposición que no limita la procedencia de las mismas a unas específicas y determinadas, como ocurre en el evento previsto en el numeral 2 de dicha disposición, al cual ya se hizo referencia.

Así lo exponen tratadistas como el profesor Jaime Azula Camacho, cuando afirma:

“A) Cuando el título ejecutivo no proviene de una decisión judicial, sino directamente del obligado, como es el caso de los contractuales etc., la posibilidad de excepcionar es amplia, pues abarca todas las de mérito, las previas y otras especiales, que solo tiene aplicación en el proceso ejecutivo.

⁷ En sentencia de 27 de julio de 2005, expediente 23565, esta Sala expuso: “*que dentro de los procesos ejecutivos en los cuales el título de recaudo ejecutivo esté constituido por un acto administrativo, sólo es posible proponer como excepciones, las de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo; la de indebida representación de las partes o por falta de notificación en legal forma de personas determinadas, o por falta de emplazamiento en legal forma de las personas indeterminadas que deban ser citadas como partes y la de pérdida de la cosa debida, con la advertencia de que tampoco procede la proposición de excepciones previas, conforme a la modificación que al inciso 2° del artículo 509 del C. P. Civil, introdujo la Ley 794 de 2003*”.

a) *Excepciones de mérito, su procedencia no tiene límite y se pueden agrupar en las siguientes:*

a') *Las que atacan el documento constitutivo del título ejecutivo o la obligación contenida en él por ausencia de cualquiera de los requisitos exigidos por el art. 488 del Código de Procedimiento Civil*

(...)

b') *Las excepciones propiamente dichas, esto es que atacan la obligación material del recaudo ejecutivo y que entrañan su desconocimiento total o parcial. Incluye a todas las que se ajustan a las modalidades de lo que en doctrina se llama impeditivas, modificativas y extintivas, según se dirijan, respectivamente, a desconocer la existencia de la obligación, concretamente del acto de donde proviene, o darle una calificación o modalidad diferente presentada por el ejecutante, o, sin desconocerla, invocar circunstancias que implican su extinción⁸*

De lo dicho concluye la Sala, que a diferencia de lo que sucede cuando el título ejecutivo está constituido por un acto administrativo, es procedente analizar todo el espectro de excepciones de mérito encaminadas a enervar o aplazar el cobro de la obligación y no sólo las de *pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción*, cuando tenga por fundamento hechos acaecidos con posterioridad a la providencia que libró mandamiento de pago.

Es por lo anterior que en estos eventos, es viable el estudio de excepciones de carácter *dilatorio*, tales como la falta de exigibilidad de la obligación por no haber llegado la fecha del vencimiento para efectos de su cumplimiento o acaecido la condición a la cual se encontraba supeditada; *extintivas* encaminadas a desconocer el acto de donde proviene la obligación y, por contera, la existencia de la misma; o en fin *impeditivas* las cuales sin desconocer el acto respectivo suponen circunstancias para la extinción de la obligación.

En estos eventos en los cuales se proponen excepciones perentorias o de mérito, el proceso ejecutivo deja de consistir en un mecanismo exclusivo para el cobro de una obligación clara expresa y exigible, en el cual se discutirán aspectos propios de un proceso de conocimiento, toda vez que *“el oponente adquiere la posición de*

⁸ JAMIE AZULA CAMACHO. MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL. TOMO IV. Procesos Ejecutivos. Editorial Temis. Págs 78 y 79. En este mismo sentido se pronunció Hernán Fabio López, en su libro Procedimiento Civil. Novena Edición. Tomo 2. Dúpre Editores. Pág. 490: *“8.7.1. Las excepciones perentorias cuando el título ejecutivo proviene de un negocio jurídico o de expreso señalamiento de la ley. Según el inciso 1° del art. 509, en este caso proceden todas las excepciones perentorias, que el ejecutado pueda tener contra la pretensión aducida en la demanda. Debe anotarse que el criterio adoptado por el Estatuto Procesal Civil es correcto, a diferencia de otras legislaciones como la argentina (Código de la Capital) y la española en que sólo es posible proponer los medios de defensa taxativamente señalados por la ley, dejando algunos aspectos de vital importancia para ser tramitados en juicio ordinario y aplicar la prejudicialidad de proceso civil a proceso civil, solución que implica notable aumento en la actividad jurisdiccional y en los trámites con los consiguientes costos; el Código de Procedimiento Civil Colombiano permite debatir en el juicio ejecutivo todos los aspectos que de otra manera pueden enervar la ejecución”*

actor y a él le incumbe la carga de la prueba de los hechos modificativos o extintivos del crédito 'porque el acreedor acciona (o quiere accionar) in executivis' de ahí que el tratamiento y decisión de las excepciones perentorias tienen el mismo alcance que el proceso de cognición, máxime en un sistema como el colombiano que en el juicio ejecutivo admite proponer todas las excepciones posibles⁹"

3. Caso Concreto:

Según la demanda ejecutiva, la obligación que se pretende cobrar a través de este proceso se deriva del contrato de consultoría No. 1067/94, la cual asciende a la suma de seiscientos sesenta y siete millones seiscientos setenta y nueve mil seiscientos sesenta y ocho pesos con sesenta centavos (\$ 667.679.668.60) y que corresponde al saldo pendiente del monto total pactado como valor de dicho contrato.

Ahora bien, de conformidad con los documentos originales y que en copia auténtica se aportaron al proceso, así como de las actuaciones surtidas en el proceso se tiene acreditado:

-) Que entre el Instituto Nacional de Vías INVÍAS y el *DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA* se suscribió el contrato de consultoría No 1067/94, cuyo objeto fue la implementación de un sistema de administración para el mantenimiento vial, según consta en el original del proyecto de acta de acuerdo suscrito por dichas entidades (fl 29 cd 2).

-) Que una vez el mismo fue ejecutado, las partes suscribieron el 30 de agosto de 1999 que lo denominaron un proyecto de acta de acuerdo con el propósito de dar por terminada la relación contractual, con la seguridad de que cada una de las partes, en términos generales cumplió sus obligaciones (fls 29 a 34 cd.2).

En dicho proyecto de acta de acuerdo las partes se obligaron así:

"II. OBLIGACIONES DEL I.N.V.

⁹ LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio. Ob Cit. Págs, 488 y 489.

“1º. El **I.N.V.** adelantará las gestiones pertinentes ante el Gobierno Nacional Colombiano, para la autorización de un crédito en el Banco Mundial no reembolsable, con destino a la cancelación del saldo insoluto del contrato número 1067/94, el cual asciende en la presente fecha a la suma de Dos Millones Cuatrocientos Ochenta y Tres Mil Novecientos Veintitrés Coronas Danesas (2.483.923), equivalentes a la fecha del presente acuerdo, a la suma de Seiscientos Sesenta y Siete Millones Seiscientos Setenta y Nueve Mil Seiscientos Sesenta y Ocho Pesos con 60/100 ... (\$667'679.668,60) sin incluir el IVA, el cual será pagado por el I.N.V.

“2º. El **I.N.V.** hará también las gestiones necesarias pertinentes ante el Gobierno Nacional, para obtener la autorización para un nuevo crédito del Banco Mundial, para lo siguiente:

- a) Actualización del programa contratado que permita su instalación en los equipos de computación...
- b) Para contratar un servicio de mantenimiento del programa con el **DIRECTORADO**, que permita una utilización para los fines a que se refiere el contrato número 1067/94.

“3º. El **I.N.V.** designará un grupo interdisciplinario no mayor de cinco (5) funcionarios para coordinar todo lo relacionado con la administración y funcionamiento del programa...

“III. OBLIGACIONES DEL DIRECTORADO.

“Una vez efectuada la liquidación del contrato 1067 de 1994, donde se reconozca el saldo insoluto a favor del **DIRECTORADO** por la suma de Dos Millones Cuatrocientos Ochenta y Tres Mil Novecientos Veintitrés Coronas Danesas (2.483.923), éste último se obliga en virtud de este acuerdo a:

“Designar un Ingeniero experto en el manejo del programa Belman con dominio del Español, quien cumplirá las siguientes funciones: (...)

“IV. OBLIGACIONES CONJUNTAS.

“1º. El **I.N.V.** se compromete a elaborar la liquidación del contrato dentro de los términos de ley y en ningún caso más allá de los cinco días siguientes de la suscripción del presente acuerdo, efectuando el reconocimiento del saldo insoluto por la suma de Dos Millones Cuatrocientos Ochenta y Tres Mil Novecientos Veintitrés Coronas Danesas (2.483.923).

“2º. El **I.N.V.** y el **DIRECTORADO** firmarán un documento independiente, con el propósito de establecer, de conformidad con las gestiones que se adelante, tanto con el Banco Mundial como el gobierno nacional, que el pago en ningún momento será más tarde del primero (1) de noviembre del dos mil (2000). Si el pago no se efectuara antes de dicha fecha, a partir del día siguiente de la misma, el I.N.V. reconocerá a título de intereses de mora anual, la tasa de cuatro por ciento (4%) + LIBOR.”

-) Que como consecuencia del denominado por las partes proyecto de acta de acuerdo suscrito, éstas liquidaron el contrato 1067/94, acto en el cual el INVÍAS reconoció un saldo a favor del contratista por un valor de 2.483.923 coronas danesas (\$ 667.679.668.60), según se corrobora del original del acta de liquidación No 314, suscrita por las partes el 30 de agosto de 1999 (fl 25 a 28 cd. 2). En el acta de liquidación se estableció:

“BALANCE GENERAL DEL CONTRATO

Valor total ejecutado	\$1.926.439.239.36	
Valor total pagado por Actas y pago anticipado		1.258.759.570,76
Valor correspondiente a Iva	269.701.494,00	
Valor pagado por Iva		176.226.393,00
Saldo a pagar al Contratista por Actas		667.679.668.60
Saldo a pagar por Iva		93.475.101.00
SUMAS IGUALES	2.196.140.733,36	2.196.140.733,36

SALDO TOTAL A FAVOR DEL DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA. \$667.679.668,60 EQUIVALENTE A 2.483.923.00 CORONAS DANESAS, SIN INCLUIR EL VALOR DEL IVA.

NOTA: EL SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA POR VALOR DE 2.483.923.00 CORONAS DANESAS, SERA CANCELADO CON UN CREDITO DEL BANCO MUNDIAL NO REEMBOLSABLE, SEGÚN EL ACUERDO DE LAS PARTES SUSCRITO EL DIA 30 DE AGOSTO DE 1999, A LA TASA REPRESENTATIVA DEL MERCADO DEL DÍA EN QUE SE HAGA EFECTIVO EL PAGO.

EL VALOR POR CONCEPTO DE IVA SERA CANCELADO POR EL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS . (...).”.

-) La entidad ejecutante aportó al proceso los mencionados documentos, esto es el proyecto de acta de acuerdo y el acta de liquidación, con fundamento en los cuales, esta Corporación en providencia de 6 de noviembre de 2003, libró mandamiento de pago por considerar que en ellos estaba contenida una obligación clara, expresa y exigible.

De conformidad con lo expuesto, procede la Sala a establecer si en el presente asunto las excepciones propuestas por el ejecutado durante el término establecido para tal efecto, tienen la virtualidad de enervar la pretensión planteada en la demanda ejecutiva presentada por el *DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA*, sin que el análisis de las mismas se limite a aquellas expresamente

señaladas en el numeral 2 del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que como se explicó en el caso de que el título ejecutivo no esté constituido por un acto administrativo, como en el *sub lite*, no existe limitación alguna en cuanto toca a la interposición de las excepciones de mérito, las cuales en el presente asunto están encaminadas a enervar la pretensión principalmente con fundamento en que dicho título no contiene una obligación clara, expresa y exigible en favor de la entidad ejecutante.

3.1 De las excepciones denominadas falta de exigibilidad del título ejecutivo y excepción de contrato no cumplido.

3.1.1. Señaló el ejecutado que en los documentos con base en los cuales se libró mandamiento de pago, las partes asumieron obligaciones recíprocas, razón por la cual mal podría el DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA exigir el pago del monto adeudado por parte del INVÍAS, cuando no se ha allanado a cumplir las obligaciones por dicha entidad asumidas y que correspondían a aquellas que quedaron pendientes derivadas del contrato 1067 de 1994, razón por la cual es procedente la excepción de contrato no cumplido.

Con fundamento en este argumento también indicó que el pago de la deuda dependía del cumplimiento, por parte del DIRECTORADO, de la obligación de nombrar un ingeniero experto para la implementación del sistema de administración para el mantenimiento vial, razón por la cual se encuentra sujeta a una condición, que por no cumplirse, hace que la obligación por la cual se pretende la ejecución no sea aún exigible.

Como puede apreciarse, se trata de dos excepciones formuladas de forma independiente, que en el fondo tienen el mismo sustento jurídico, cual es que el INVÍAS, no está obligado a cumplir hasta tanto el DIRECTORADO, no cumpla con las obligaciones adquiridas en el proyecto de acta de acuerdo suscrito por las partes.

Sobre este punto, el *a-quo* señaló que el ejecutado pudo acudir a las vías procesales establecidas para tal efecto con la finalidad de reclamar tal incumplimiento, pero que en el caso de la acción ejecutiva el problema jurídico no se contrae a la discusión en relación con este aspecto, sino que gira en torno al

hecho de que tal contrato fue liquidado y en el acta respectiva el ejecutado reconoció la existencia de una obligación, documento que constituye título ejecutivo que no ha perdido sus efectos jurídicos y que por ende es la base para proceder al cobro por la vía ejecutiva.

3.1.2. En artículo 1546 del ordenamiento Civil Colombiano, se establece que todo contrato lleva implícita lo que la doctrina ha denominado la *condición resolutoria tácita*, esto es, que la ley contractual obliga a cada contratante a cumplir con lo pactado, de tal suerte que quien no cumple, o se allana a hacerlo, no tiene derecho a exigir el cumplimiento del otro contratante. En otras palabras, todo contrato supone la condición de ser cumplido y cuando uno de los contratantes no lo hace, el otro puede demandar, de forma alternativa, una de dos cosas: o bien el cumplimiento del contrato, o la resolución del mismo, en ambos casos con la indemnización de los perjuicios que se hayan causado.

Sin embargo, quien pretenda el cumplimiento o la resolución sin haber cumplido previa o simultáneamente las obligaciones que le corresponden, puede ver frustrada su pretensión por la excepción de contrato no cumplido (*non adimpleti contractus*), que el otro contratante oponga y que se ha fundado, según la doctrina y la jurisprudencia, en lo dispuesto en el art 1609 Código Civil, según el cual “*en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y en el tiempo debidos.*” Por el contrario, quien ha cumplido el contrato, pero ha sido víctima del incumplimiento de la otra parte, se libera de la ley contractual, porque puede pedir que el contrato se resuelva, aunque también, según le convenga, puede pedir que el otro contratante sea condenado a cumplir¹⁰.

Las reglas explicadas en precedencia, propias del régimen del derecho común, son aplicables en relación con la responsabilidad contractual del estado ya que la misma puede comprometerse con fundamento en la culpa (art. 50 de la Ley 80 de

¹⁰ Sobre este aspecto el Profesor Renato Scangnamiglio, en su texto Teoría General del contrato sostiene: “La excepción de cumplimiento se refiere a la hipótesis más difundida y de mayor interés, dentro de la cual deben ejecutarse simultáneamente las prestaciones correlativas, y se expresa en la regla antigua y fundamental de *“inadimplenti non est adimplendum”* conforme a la cual, cada contratante debe considerarse autorizado para no cumplir, si de su lado la contraparte no cumple o no ofrece cumplir la prestación al mismo tiempo. Consecuencia de tal principio es que, salva (sic) otra razón o derecho, el deber de cumplimiento queda suspendido para ambas partes, y en este sentido puede acogerse la idea de que la defensa acordada al exigido obra como una excepción de derecho sustancial, frente a la cual bien puede replicar el actor con la prueba de haber cumplido o de estar presto a cumplir (C.C. Col art. 1609)”.

1993), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales pero sujetas o armonizadas con las reglas del derecho administrativo en caso de que exista norma expresa en éste y, por supuesto, con prevalencia del interés público.

Así, se permite la aplicación restringida del artículo 1546 del Código Civil frente a la Administración que establece la condición resolutoria tácita en relación con los contratos estatales con algunas modificaciones, dado que según se desprende del artículo 87 del C.C.A. una de las pretensiones del contencioso contractual es que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, lo que significa -se dice- que no está prevista la acción de cumplimiento, esto es, orientada a que ante el incumplimiento de la entidad pública o del contratista de las obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigírseles que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del contrato, pues en el primero de los casos se está frente a una responsabilidad contractual y cabe que se ordene a la administración reconocer y pagar los perjuicios y en el segundo, existen las medidas coercitivas y las potestades sancionatorias atribuidas a la administración para asegurar la ejecución del contrato¹¹.

De igual forma se permite, con un tratamiento restringido, la *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1609 del C.C.) frente a la Administración y plena respecto del contratista, como regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes y que resulta aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Se dice que es de carácter restringido frente a la Administración, porque, en aras de armonizar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, no tiene el alcance amplio de que goza en la contratación entre particulares, sino que en el contencioso administrativo contractual está limitada únicamente a aquellos eventos 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

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de septiembre 15 de 1983, Exp. 3244; junio 25 de 1987, Exp. 4994; mayo 15 de 1992, Exp. 5950; enero 17 de 1996, Exp. 8356; septiembre 14 de 2000, Exp. 13530, Sentencia septiembre 14 de 2000, Exp.13530, Sentencia de marzo 1 de 2001, Exp. 11480.

imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones¹².

En definitiva, esta Corporación determinó entonces su aplicación condicionada principalmente al cumplimiento de estos requisitos: a) existencia de un contrato sinalagmático, fuente de obligaciones recíprocas o correlativas; b) no cumplimiento actual, cierto y real de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; c) un incumplimiento serio, grave, determinante, y si se trata de la Administración tiene que poner al contratista en razonable imposibilidad de cumplir, y d) que el que la invoca no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo.

Se concluye entonces que, en los eventos en que mediante un proceso ejecutivo la parte ejecutante pretenda el cobro de una obligación, clara, expresa y exigible reconocida en su favor en contrato bilateral sinalagmático, será procedente la *exceptio non adimpleti contractus*, cuando quiera que no haya cumplido o no se haya allanado a hacerlo, toda vez que como se explicó en este tipo de relaciones jurídicas lo fundamental es la existencia de obligaciones recíprocas en cabeza de las partes.

3.1.3. En el caso concreto, el INVÍAS según se indicó, reconoció en el acta de liquidación la obligación de pagar el saldo pendiente por la ejecución del contrato 1067/94 en favor del *DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA*. A su vez dicha entidad adquirió unas obligaciones, consistentes básicamente en designar un ingeniero experto en el manejo del programa Belman con dominio del español para la implementación del sistema de control vial, que el fue objeto de dicho contrato.

Considera la Sala, que la obligación asumida por el INVÍAS en dicha acta de liquidación no tiene su causa u origen en la obligación recíproca que le asiste al *DIRECTORADO* de dar cumplimiento a la obligación asumida, como quiera que como se explicó, la obligación de la entidad estatal colombiana surge del pago del

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de enero 31 de 1991, Exp. 4739; septiembre 15 de 1983, Exp. 3244; junio 25 de 1987, Exp. 4994; mayo 15 de 1992, Exp. 5950; enero 17 de 1996, Exp. 8356; marzo 15 de 2001, Exp. 13415; abril 13 de 1999, Exp. 10131; febrero 21 de 1992, Exp. 5857; octubre 17 de 1995, Exp. 8790; septiembre 14 de 2000, Exp. 13530; febrero 16 de 1984, Exp. 2509, Sentencia septiembre 13 de 2001, Exp. 12722; Sentencia marzo 15 de 2001, Exp. 13.415; Sentencia de abril 25 de 2005, Exp. 14393, Sentencia abril 14 de 2005, Exp. 28.616, entre otras.

saldo pendiente por la ejecución del contrato, el cual según lo estipulado por las mismas partes en el proyecto de acuerdo “*se desarrolló en términos generales de forma satisfactoria tanto para el **DIRECTORADO** como para el **I.N.V.**, estableciéndose como valor ejecutado la suma de Un Mil Novecientos Veintiséis Millones Cuatrocientos Treinta y Nueve Mil Doscientos Treinta y Nueve Pesos...moneda corriente (1.926´439.239.36), quedando pendientes las obligaciones que se consignan en este acuerdo para cada una de las partes*”

Es por lo anterior, que al no ser obligaciones recíprocas no prospera la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que, como se explicó, se trata en el presente asunto de una obligación asumida por el INVÍAS de dar una suma de dinero, pago que no corresponde o es correlativo a las obligaciones asumidas por el DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA en el proyecto de acta de acuerdo, sino que corresponde al valor del saldo insoluto que se le adeuda por la ejecución del contrato 1067/94 suscrito por dichos organismos y el cual expresamente se reconoció por las partes en el acta de liquidación, según se analizó.

En efecto, en el acta liquidación del contrato expresamente se realiza el balance respectivo de los pagos realizados por el ejecutado durante el desarrollo de dicho acuerdo y se reconoce a favor de éste último el saldo pendiente correspondiente a su ejecución. Es por lo anterior, que en el proyecto de acta de acuerdo se pactó expresamente que “*una vez efectuada la liquidación del contrato 1067 de 1994, donde se reconozca el saldo a favor del **DIRECTORADO** por la suma de Dos Millones Cuatrocientos Ochenta y Tres Mil Novecientos Veintitrés Coronas Danesas, este último se obligará a...*”, esto es que una vez se reconociera el saldo pendiente de pago por la ejecución del contrato, la entidad ejecutante debería proceder a nombrar un ingeniero experto en el manejo del programa Belman con dominio del español.

Es claro entonces, se reitera, que la obligación reconocida en el acta de liquidación no es correlativa al cumplimiento de los compromisos adquiridos en el proyecto de acta de acuerdo, como quiera que dicho pago corresponde a la previa ejecución del contrato 1067 suscrito entre el INVÍAS y el DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA y que dicha acta contiene una obligación, clara, expresa y exigible por este concepto, reconocida por el deudor, esto es, el INVÍAS, razón por la cual es procedente su cobro por la vía ejecutiva y todos aquellos aspectos a que se refieren los testimonios practicados en el proceso (fls 216 a 220

cd.1) sobre el supuesto incumplimiento tanto del contrato como de los compromisos asumidos en el proyecto de acta de acuerdo, deberán ser reclamados por la entidad a través de los mecanismos procesales establecidos para tal efecto.

Finalmente, considera la Sala que de conformidad con lo anterior, no se afecta el principio de la buena fe contractual¹³, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política y en los artículos 1603 del Código Civil, 841 del código de comercio y 25.2 y 28 de la Ley 80 de 1993, como quiera que en el presente asunto, de lo que se trata es de exigir el cumplimiento de una obligación reconocida por el ejecutado en favor del ejecutante, a través del trámite de un proceso ejecutivo sin que el ejercicio de tal potestad que surge en su favor por el hecho de ser acreedor de una obligación, contraría el proceder honesto y correcto que se espera de los contratantes y sin que para tal efecto debiera exigírsele el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el proyecto de acta de acuerdo, como quiera que tal cumplimiento, como se explicó, en nada altera el deber de cancelar el valor insoluto por la ejecución del contrato, por parte del **DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA**.

3.2 De las excepciones relativas a la existencia de una condición a la cual se encuentra sujeta el cumplimiento de la obligación.

¹³ En sentencia 29 de agosto de 2007. Exp 15469, esta Sección expuso que *“El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones. La buena fe ha sido considerada por la doctrina como el tipo de conducta social que se expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas; también ha señalado que todo comportamiento de una de las partes (deudor o acreedor, autoridad o súbdito), contrario a la honestidad, a la lealtad, a la cooperación, etc., entraña una infracción del principio de la bona fides porque defrauda la confianza puesta por la otra parte, que es el fundamento del tráfico jurídico. El principio general de la buena fe tiene consagración constitucional en el artículo 83, norma suprema que introduce el postulado de la “bona fides” en el ámbito del derecho público para regular las relaciones entre el Estado y los administrados, imponiendo cierto límite a las potestades de que está investida la Administración para evitar que se tornen en arbitrariedad. El Código Civil no fue indiferente ante tan cardinal principio, por lo cual dispuso en su artículo 1603 que los contratos celebrados entre los particulares, “deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo en lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”; igualmente, el artículo 871 del Código de Comercio, reiteró este principio en similares términos al disponer: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural”, reconociendo así la dimensión e importancia que a dicho principio le corresponde en el ámbito contractual. En el campo de la contratación estatal, la Ley 80, consagra la buena fe como principio orientador de las relaciones contractuales en varias de sus disposiciones; así, el artículo 23 ordena que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa (art. 209 de la C.P.), con aplicación de las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. Por su parte, el artículo 25-2 de la misma ley, impone el deber, a los contratistas, de obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales,*

3.2.1. Afirma el ejecutado que la obligación contenida en el acta de liquidación, en lo que tiene que ver con saldo pendiente de pago por la ejecución del contrato, se encontraba sujeta a una condición, la cual consistía en la gestión y obtención de un crédito con el Banco Mundial, hecho futuro e incierto que no ha ocurrido, razón por la cual la obligación actualmente no es exigible.

De igual manera, en relación con los intereses de la deuda, afirma que su causación se encontraba sujeta a la condición según la cual, las partes elaborarían un documento independiente, de conformidad con lo pactado en el proyecto de acta de acuerdo de 30 de agosto de 1999, el cual nunca fue suscrito, situación que impide la procedencia del cobro por vía ejecutiva, en relación con dichos intereses.

El *a-quo* consideró, que en realidad la obligación se sujetó a un plazo y no a una condición toda vez que, según el contenido del proyecto de acta de acuerdo, el cumplimiento de la misma de cualquier manera debía realizarse el 1 de noviembre de 2000, independientemente de que se obtuviera o no el crédito ante la mencionada institución financiera internacional, razón por la cual tampoco es procedente la excepción formulada en relación con los intereses, toda vez que una vez cumplido el plazo mencionado, las partes acordaron el pago de los mismos a la tasa pactada en dicho acuerdo.

3.2.2. De conformidad con lo establecido en el artículo 1530 del Código Civil, la obligación condicional es la que depende de una condición -"*pendente conditione*"-, de un acontecimiento futuro e incierto, que puede suceder o no. Por tanto, la obligación condicional está supeditada al acontecimiento futuro e incierto que constituye la condición, en el sentido de que formada al celebrarse la convención queda subordinada a dicho acontecimiento, permaneciendo en suspenso hasta que el acontecimiento se realice, o resolviéndose según se realice o no el acontecimiento.¹⁴

De esta forma, este tipo de obligación presenta las siguientes características esenciales: i) debe consistir en un hecho futuro y, por lo mismo, excluye el hecho pasado o presente, al igual que el plazo; es decir, se trata de un hecho que está

evitando dilaciones y entrambamientos en el desarrollo del contrato y el artículo 28 prescribe que las normas y cláusulas contractuales habrán de ser interpretadas bajo los mandatos de la buena fe.

¹⁴ CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, 1936, Pág. 74.

por venir, después de celebrado el negocio jurídico; ii) debe ser objetivamente incierto, es decir, no puede conocerse si se realizará o no, y en esto difiere del plazo porque en éste se sabrá que ocurrirá el hecho que lo constituye, aunque no se sepa exactamente cuándo¹⁵; iii) es de carácter excepcional y no se presume, es decir, que debe ser expresamente pactada en el contrato mediante cláusulas accidentales o prevista en la ley.

Ahora bien, de acuerdo con la legislación civil, la condición puede ser positiva o negativa. La positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa, en que una cosa no acontezca (art. 1531 *ibídem*). La condición positiva debe ser física y moralmente posible. Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible, la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público, al igual que las concebidas en términos ininteligibles (art. 1532 C.C.). Si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible, la obligación es pura y simple; y si consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición (art. 1533 C.C.).

La condición también puede ser potestativa, casual o mixta. Potestativa cuando depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual cuando depende de la voluntad de un tercero o de un acaso, y mixta cuando depende en parte del acreedor o del deudor y en parte de un tercero. Se distingue la meramente potestativa de la potestativa, en cuanto la primera depende del solo querer o voluntad de la persona obligada y la segunda de la realización de un hecho de ésta. La condición potestativa es válida y la meramente potestativa es nula (arts. 1534 y 1535 del C.C.). De igual manera, la condición puede ser suspensiva o resolutive; la primera “suspende la exigibilidad de un derecho” mientras se cumple¹⁶; en tanto que la segunda “extingue un derecho” con su cumplimiento (art. 1536 C.C.).

¹⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis, Pág. 242.

¹⁶ Algún sector de la doctrina, incluso considera que la condición suspensiva no afecta la exigibilidad del derecho o de la obligación sino que impide su nacimiento. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, ob. cit. pág. 248. Sin embargo, otro sector señala que “Los derechos y deberes emanados de un negocio condicional existen, los sujetos negociales y los destinatarios se encuentran vinculados entre sí, sólo que condicionalmente, y sus intereses son objeto de la tutela que corresponde.” HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. Pág. 873.

La ley establece que si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida y sujeta a la misma regla las condiciones cuyo sentido y el modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles (art. 1537 C.C.). Esto significa que al no cumplirse el hecho futuro e incierto previsto como condición suspensiva, *“...los efectos finales pendientes desaparecen definitivamente, como también se disuelve el vínculo y, en consecuencia, la obligación se extingue y el deudor queda libre...”*¹⁷

La Corte Suprema de Justicia afirma que al fallar una condición, la obligación no se convierte en pura y simple, sino que desaparece o se extingue¹⁸, y que cuando falla la condición el contrato o el negocio no se torna nulo, simplemente desaparece la correspondiente obligación y se debe restituir las prestaciones recibidas cuando dicho contrato alcanzó a ser ejecutado.¹⁹ No es dable, entonces, considerar que el incumplimiento de la condición suspensiva produzca la inexistencia del correspondiente contrato, pues como lo explica la doctrina *“...el negocio jurídico, en cuanto se haya recorrido a plenitud la definición correspondiente, produce de suyo unos efectos comunes a todos: efectos negociables, que son reflejo de la naturaleza compromisoria de la figura...”*, y al *“...no realizarse el hecho futuro e incierto incluido en el negocio jurídico como condición suspensiva, los efectos finales pendientes desaparecen definitivamente...”*²⁰

En resumen, las notas distintivas y predominantes de la condición, estriban en lo siguiente: a) es un acontecimiento futuro e incierto, que puede o no suceder; b) afecta el vínculo desde su nacimiento y la obligación no es exigible mientras no se cumple y si ella no se da libera al deudor de su cumplimiento; y c) la condición solo tiene origen en la ley o en el acuerdo de las partes.

¹⁷ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. pág. 873.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de agosto de 1954, LXXVIII, 342.

¹⁹ “En síntesis, el incumplimiento de una condición positiva, causal e indeterminada que, además de posible y lícita, es de carácter suspensivo, no conlleva la nulidad del contrato a ella subordinado y no es tampoco de una supuesta “invalidez sobreviniente” de donde nace la obligación de restituir las prestaciones recibidas cuando dicho contrato ... tuvo un principio de ejecución.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de junio de 1993. Exp. 3680. M.P. Carlos Estaban Jaramillo Schloss.

²⁰ HINESTROSA, Fernando, Ob. Cit, págs. 873 y 874.

Por su parte, Al tenor del artículo 1551 del Código Civil *“El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación”*. Sin embargo, la doctrina ha entendido, en una perspectiva jurídica más amplia que abarca las obligaciones y derechos, que el plazo es *“...un hecho futuro y cierto del que pende el goce actual o la extinción de un derecho...”* (art. 1138 C.C.).

En tal virtud, son notas características del plazo: i) ser un hecho futuro que debe realizarse con posterioridad al acto o contrato; y ii) ser cierto, esto es, que pueda saberse dentro de las previsiones humanas que se realizará.²¹

El plazo admite varias clases, que la doctrina²² coincide en concretar, así:

Puede fijarse un plazo determinado o indeterminado pero determinable. Es determinado cuando se sabe cuando se realizará el hecho futuro y cierto, como tanto días, o tantos años después de la fecha; y es indeterminado cuando se ignora el día, como el de la muerte de una persona, aún cuando se sabe que llegará. Al igual que la condición el plazo puede ser suspensivo o extintivo, según suspenda el derecho o deber, o ponga fin a los efectos de la obligación derivada del acto o contrato.

Para efectos del proceso ejecutivo, es importante precisar si la obligación fue sometida a una de estas modalidades, como quiera que no puede pretenderse, con una petición formulada antes de tiempo, adelantarse un proceso ejecutivo cuyo fundamento es, según se explicó, la existencia de un documento que proviene del deudor y que contiene una obligación clara expresa y exigible.

3.2.3. En el presente asunto, en el acta final No. 314 en la que se liquidó el contrato 1067/94, según se señaló, el INVÍAS reconoció como saldo pendiente la suma \$667.679.668,60 equivalente a 2.483.923.00 coronas danesas, el cual se cancelaría con un crédito del Banco Mundial no reembolsable, a la tasa representativa del mercado del día en que se hiciera efectivo el pago.

21 Ver: OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, ob. cit. Pág. 234 a 236; y, ALESSANDRI, Arturo, y SOMARRIVA Manuel, Ob. cit. pág. 472 a 473.

22 OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, ob. cit. Pág. 234. En el mismo sentido, ALESSANDRI, Arturo, y SOMARRIVA Manuel, Curso de Derecho Civil, 3° Edición, 1962, pág. 471.

De igual forma en el proyecto de acta de acuerdo se estipuló que el INVÍAS adelantaría las gestiones pertinentes ante el Gobierno Nacional Colombiano, para la autorización de un crédito en el Banco Mundial, con destino a la cancelación del saldo insoluto del contrato número 1067/94 y se adquirió el compromiso por las partes de firmar un documento independiente, con el propósito de establecer, de conformidad con las gestiones que se adelantaran para estos efectos, que el pago en ningún momento sería más tarde del primero (1) de noviembre del dos mil (2000). Si el pago no se efectuaba antes de dicha fecha, a partir del día siguiente a la misma, el I.N.V. debía reconocer a título de intereses de mora anual, la tasa de cuatro por ciento (4%) + LIBOR.

Se pregunta entonces la Sala, si las partes sometieron el pago del saldo del contrato a una condición, o si, por el contrario, el 1º de noviembre de 2000 se traducía en una fecha cierta de pago.

Es pertinente señalar que según lo establecido en el inciso segundo del artículo 1551 del Código Civil *“no podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar el plazo para el cumplimiento de una obligación; sólo podrá interpretar el concebido en los términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes”* y de conformidad con lo pactado por las partes, considera la Sala que le asiste razón al *a-quo*, cuando afirma que la obligación no se sujetó a la condición de que se aprobara un crédito a favor del INVÍAS, en el Banco Mundial.

En efecto, el acuerdo de las partes consistió en señalar la procedencia de los recursos con los cuales se realizaría el pago del saldo pendiente reconocido por el INVÍAS a favor del *DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA* por la ejecución del contrato de consultoría No 1067 de 1994, pero en manera alguna implicó someter el pago de tal obligación a la condición suspensiva de que se obtuviera por parte del INVÍAS, un crédito ante el Banco Mundial.

Adicionalmente, al interpretar el contenido del proyecto de acuerdo, es claro que la intención de las partes fue establecer no una condición sino un plazo para la consecución de los recursos ante la mencionada entidad financiera internacional, al cabo del cual debía procederse al pago de la obligación, razón por la cual expresaron que en todo caso, luego del 1 de noviembre de 2000, la entidad contratante debía pagar intereses de mora a favor del contratista. La suscripción

de dicho acuerdo no condicionaba en manera alguna la exigibilidad de la obligación de pagar el saldo insoluto por la ejecución del contrato, el cual de cualquier manera debía ser cancelado en la fecha señalada por las partes.

Así las cosas, se concluye, interpretando el acuerdo de las partes como lo autoriza la ley, que la obligación en realidad estaba sometida a un plazo del cual dependía la exigibilidad de la obligación, razón por la cual, al vencerse el mismo, lo procedente era recurrir a la vía ejecutiva para reclamar su cumplimiento, toda vez que el haberse acordado que el saldo sería cancelado con un crédito del Banco Mundial no reembolsable, no significó que ante la eventualidad de que no se obtuviera el crédito no habría pago. Para las partes quedó claro que la entidad ejecutada iniciaría las gestiones para conseguir el crédito e independientemente del resultado de éstas, procedería a la cancelación del saldo a más tardar el 1 de noviembre de 2000.

Sostener, como lo hace el recurrente, que el pago al contratista dependía de las gestiones de la entidad demandada ante el Banco Mundial, resulta atentatorio de la buena fe que orienta el comportamiento contractual de las partes, como quiera que es dejar a la mera voluntad del deudor el cumplimiento de lo pactado, sobre todo si se tiene en cuenta que las mismas, de cualquier manera estipularon una fecha en el cual la obligación sería exigible.

A este respecto, se acogen nuevamente los planteamientos contenidos en la providencia dictada por esta Sala, mediante la cual se libró mandamiento de pago. En dicha providencia se expuso lo siguiente:

“La sala deduce de los documentos suscritos el 30 de agosto de 1999 que se aducen como título de recaudo, haciendo la interpretación que permite la ley, que al haberse acordado que el saldo sería cancelado con un crédito del banco Mundial no reembolsable, no significó que ante la eventualidad de que el crédito no se aprobara no habría pago. Para la sociedad demandante quedaba claro que la entidad demandada iniciaría las gestiones para conseguir el crédito e independientemente del resultado de esas gestiones, en todo caso procedería a la cancelación del saldo a más tardar el 1 de noviembre de 2000, fecha a partir de la cual se causarían intereses de mora de no producirse el pago antes de esa fecha.

“La fijación de esa fecha como plazo límite de pago, permite concluir que la obligación que el INVIAS contrajo con la sociedad demandante fue una obligación sometida a plazo y no condicional, toda vez que el pago del saldo a favor del contratista no dependía de la realización de las

gestiones ante el banco Mundial por parte de la entidad demandada ni del éxito que éstas tuvieran.

“La llegada del 1 de noviembre de 2000 hizo exigible el pago del saldo a favor del contratista y esa exigibilidad permitía que pudiera demandarse su cobro ejecutivamente, ante el no pago por parte del demandado”.

De igual forma, el hecho de que las partes se comprometieran a suscribir un documento al que se refiere el numeral segundo del capítulo de las obligaciones conjuntas, no implicó el sometimiento de la causación de los intereses a una condición ni mucho menos hace nugatorio el derecho de la demandante a reclamarlos, como quiera que, como se indicó, la voluntad de las partes según lo pactado, fue someter a un plazo la obligación para efectos de la consecución de los recursos respectivos ante el Banco Mundial y al término del cual el INVÍAS debía procederse al pago.

Habiéndose entonces acordado un plazo o término para el cumplimiento de la obligación y además pactada la fecha en la cual se generaría intereses, en las voces del artículo 1608 c.c., dejándolo transcurrir sin pagar en la oportunidad debida, por esta sola circunstancia, se incurrió en mora por parte del ejecutado. Dicho precepto, claramente dispone que el *“deudor está en mora. 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora”*.

Y en los términos del artículo 1625 C.C., uno de los modos de extinguir las obligaciones es la solución o pago efectivo que corresponde al cumplimiento de la prestación debida (art. 1626 *ibídem*), por lo mismo, si la obligación relativa a la cancelación del saldo pendiente no se cumple dentro del término estipulado, por ese solo hecho se generan intereses de mora.

De conformidad con las anteriores consideraciones, concluye la Sala que la llegada del 1 de noviembre de 2000, según el acuerdo suscrito por las partes hizo exigible el pago del saldo a favor del contratista y esa exigibilidad permitía que pudiera demandarse su cobro ejecutivamente, no solo por el saldo pendiente, sino por los intereses de mora que dicho incumplimiento causó.

Finalmente, en relación con este punto argumenta el ejecutado que no es viable el cumplimiento de la obligación, toda vez que al no acaecer la condición suspensiva por lo no obtención del crédito ante el Banco Mundial, no puede pretenderse que

la deuda sea cancelada con recursos propios de la entidad, cuando no se estableció siquiera la partida presupuestal para tal efecto. Al respecto considera la Sala que no le asiste razón al recurrente, como quiera que no puede excusarse en el cumplimiento de la obligación por la supuesta inexistencia de dicha partida, cuando tal situación corresponde a una desatención imputable a la entidad contratante, a quien corresponde incluir los recursos necesarios para satisfacer los compromisos contractuales²³.

En conclusión, en el presente asunto se encuentra demostrado: i) que en el acta de liquidación la entidad demandada reconoció deber una suma de dinero como contraprestación de la ejecución a satisfacción del contrato de consultaría No 1067/94; ii) que, en rigor, en el acta de liquidación no se sometió o subordinó el pago de la deuda a la aprobación de un crédito por parte de la banca internacional, es decir, no se condicionó su cancelación, sino que simplemente se mencionó la fuente de los recursos que la entidad iba a utilizar para tal efecto; iii) que la obtención de los recursos era una obligación de la entidad deudora para satisfacer su obligación, sin que el no adelantamiento de las gestiones para obtener el crédito la libere del cumplimiento de su obligación dineraria, dado que, de antemano, las partes habían acordado una fecha (plazo) para el pago total de la obligación (1 de noviembre de 2000) y iv) que al vencimiento de dicha fecha, y para la presentación de la demanda, esa suma de dinero aún no ha sido satisfecha por la entidad deudora, razón por la cual lo procedente, sin que con ello se vulnere el principio de la buena fe contractual, era iniciar el trámite del proceso ejecutivo respectivo, para efectos de la satisfacción de su derecho y el cobro de los intereses.

Por lo expuesto, las excepciones formuladas en relación con la existencia de una condición de la cual pende la exigibilidad de la obligación y el reconocimiento de intereses no prosperan.

²³ En este sentido se pronunció esta Corporación en sentencia de 3 de junio de 1993. M.P. Daniel Suárez Hernández. Exp 7679. En dicha providencia se expuso *"En las anteriores condiciones, mal podría aceptarse, como lo pretende el ente demandado, que ése, su incumplimiento en sus obligaciones de incluir las partidas necesarias para satisfacer los compromisos contractuales ya vencidos en el correspondiente proyecto de gastos, genere para la parte a clara una serie de perjuicios de orden patrimonial, cuando para su ocurrencia no dio motivo. En materia contractual pública impera, quizás con mayor trascendencia que entre particulares, el principio de la buena fe consagrado en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del código civil, en virtud del cual entre las partes debe primar una mutua confianza, un sentido de recíproca colaboración, ajustada en todo momento a la legalidad, de tal forma que ninguna de las partes resulte sorprendida y perjudicada por acciones u omisiones causadas a sus espaldas, las que pueden hacer más onerosa la respectiva obligación, como sucedió en el subjuicio con la tardanza en el registro presupuestal"*

3.3 De la excepción de compensación.

Manifestó el ejecutado, que en todo caso, el DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA dejó de cumplir una serie de obligaciones de hacer asumidas en el proyecto de acta de acuerdo de 30 de agosto de 1999, las cuales estima en el valor por el cual se pretende la ejecución y que por ende es procedente la excepción de compensación.

El Tribunal de primera instancia, consideró que de los documentos aportados al proceso, no se aprecia la existencia de una obligación líquida, exigible o que corresponda a una cosa fungible o en dinero en cabeza del ejecutante y a favor de ejecutado, razón por la cual, no se dan los presupuestos, establecidos en el Código del Civil, para opere la excepción de compensación propuesta por el INVÍAS.

La compensación es un modo de extinción de las obligaciones recíprocas de las partes, que tiene por finalidad evitar un doble pago entre ellas y que se aplica en aquellos eventos en los cuales dichas partes son *“acreedora y deudora de la otra de cosas de género iguales y, por ello, fungibles o intercambiables entre sí”*²⁴

De la lectura de los artículos 1714 y siguientes del Código Civil, para que opere por disposición de la ley dicho modo de extinción de las obligaciones, es necesario que concurren los siguientes requisitos a saber:

(i) Que se trate de obligaciones recíprocas entre dos personas, esto es que cada una de las partes debe ser deudora *“personal y principal de la otra”*²⁵ según la exigencia establecida en el artículo 1716 *íbidem*.

(ii) Que el objeto de dichas obligaciones recíprocas sea dinero o cosas fungibles, esto es, que se trate de aquellas que pueden ser reemplazadas por otras de igual calidad y género, razón por la cual no es viable la compensación de obligaciones de dar cuerpos ciertos, toda vez que se trata de cosas determinadas que no

²⁴ OSPINA FERNANDEZ GUILLERMO. Ob Cit, p, 223.

²⁵ *íbidem*.

pueden ser sustituidas por otras de su misma clase. Es por lo anterior que la doctrina ha considerado que *“no son compensables entre sí las obligaciones de hacer propiamente dichas, o sea las que versan sobre la ejecución de un hecho, ni las de no hacer que tienen por objeto una abstención. Nuestro Código no da pie a controversias que aún subsisten...ya que el comentado ordinal 1° del art. 1715 se refiere a las cosas fungibles, circunscribiendo así el ámbito de la compensación a las obligaciones de dar o de entregar cosas de esta clase²⁶”*

(iii) Que las obligaciones sean exigibles, esto es que su nacimiento o cumplimiento no se encuentren sometido a un plazo o a una condición, o que estándolo ya hayan ocurrido.

(iv) Que las obligaciones sean líquidas, esto es que se encuentre determinado el monto al cual asciende cada una de ellas.

En el presente asunto el INVÍAS, como ya se indicó, adquirió la obligación de pagar a favor del DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA, la suma de Dos Millones Cuatrocientos Ochenta y Tres Mil Novecientos Veintitrés Coronas Danesas (2.483.923), equivalentes a \$667.679.668,60. Por su parte dicha entidad adquirió la obligación de nombrar un ingeniero experto en el manejo del programa Belman con dominio del español, con la finalidad garantizar la implementación del sistema de administración para el mantenimiento vial, según consta del proyecto de acta de acuerdo suscrito por las partes (fls 29 a 34 cd. 2).

De conformidad con lo anterior, la Sala considera que no es procedente la compensación de las obligaciones, como quiera que no se verifican los presupuestos para ello. En efecto, la obligación asumida por el INVÍAS, consiste en pagar una suma dinero, y la del DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA, no implica una obligación de *dar*, sino que conlleva una prestación de *hacer*, esto es, de nombrar un ingeniero experto, razón por la cual la obligación no es líquida porque su monto no se encuentra cuantificado, y no implica la entrega de una cosa *“fungible”*, esto es que pueda ser cambiada por otra de igual calidad o género.

Por estas razones la excepción de compensación no prospera.

²⁶ *Ibidem*.

3.4. De la entrega de los dineros embargados.

Afirma el ejecutante, que en la sentencia de primera instancia no solo debió ordenarse continuar adelante con la ejecución, sino que como consecuencia del embargo de los dineros, ordenado por el Consejo de Estado en la providencia mediante la cual se libró mandamiento de pago, debió procederse a la entrega de los mismos para efectos de garantizar el cumplimiento de la obligación.

Al respecto, considera la Sala que la petición del ejecutante carece de fundamento jurídico por las siguientes razones:

El artículo 522 del Código de Procedimiento Civil, establece que *“cuando lo embargado fuere dinero, salvo el caso previsto en el numeral tercero del artículo anterior, una vez ejecutoriado el auto que apruebe la liquidación del crédito o las costas, se ordenará de oficio o a solicitud de parte su entrega al acreedor hasta concurrencia del valor liquidado. Si lo embargado fuere sueldo, renta o pensión periódica, se ordenará entregar al acreedor lo retenido, y que en lo sucesivo se le entreguen los dineros que se retengan, hasta cubrir la totalidad de la obligación.”*

Con fundamento en lo establecido en esta disposición, la entrega de los títulos bancarios embargados al ejecutante, lo que supone en últimas el pago de la obligación, no es procedente sino hasta que se encuentre en firme el auto mediante el cual se decidida por el juez acerca de la aprobación o modificación de la liquidación del crédito presentada por el ejecutado o que en ausencia de ésta haya procedido a realizarla.

Tal disposición tiene su fundamento en la naturaleza misma del proceso ejecutivo, como quiera que una vez proferido el mandamiento ejecutivo, sin que el ejecutado se haya allanado a cumplir y sin que se hayan propuesto excepciones, el juez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil, debe dictar *“sentencia que ordene el remate y el avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al ejecutado”*.

Es posible que en la sentencia se cambien las bases para la liquidación del crédito como consecuencia de la decisión de las excepciones oportunamente formuladas, lo cual puede dar lugar a que el mandamiento de pago se modifique por el juez en la sentencia si encuentra que las excepciones prosperaron parcialmente, evento en el cual ordenará seguir adelante con la ejecución según corresponda, esto es estableciendo las bases o parámetros necesarios para la liquidación del crédito. En este evento dicha liquidación no deberá atender los lineamientos del mandamiento de pago, sino que se ajustará a las pautas ordenadas en la sentencia que resolvió sobre las excepciones propuestas por el ejecutado.

En este sentido, el mandamiento ejecutivo, por sí sólo o con las modificaciones que se le introduzcan con la sentencia, contiene los lineamientos fundamentales a los cuales debe ajustarse la liquidación del crédito, sin que en dicha sentencia, en manera alguna, se determine con exactitud el valor al cual asciende la deuda y por el cual se pretende el cobro por vía ejecutiva.

Es por lo anterior, que el proceso ejecutivo no finaliza con la sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución y por ello el Código de Procedimiento Civil establece la fase de la liquidación del crédito, la cual supone la determinación con exactitud del valor actual de la obligación, adicionada con los intereses y otros conceptos por los cuales se haya dispuesto la orden de pago, e incluso comprende la fijación de su valor de acuerdo con la tasa de cambio, cuando se haya pactado en moneda extranjera.

Así las cosas, es claro que una vez se dicta sentencia de mérito sea que en ella se modifiquen las bases o no del mandamiento ejecutivo, no es viable la entrega de los dineros embargados al ejecutante, como quiera que en ese estado del proceso, no se tiene certeza del monto final de la deuda y por ende es necesario que previamente a dicha entrega se determine el valor al cual asciende la obligación. Lo contrario, esto es, ordenar la entrega de los títulos embargados en la sentencia, implicaría pretermitir una instancia fundamental del proceso ejecutivo y ordenar el pago de una obligación ilíquida, toda vez que, se reitera, en ese momento del proceso no se tiene certeza del valor al cual asciende la misma.

4. Del impedimento manifestado.

Finalmente la Sala aceptará el impedimento manifestado por la señora Consejera Myriam Guerrero de Escobar, como quiera que se configura la causal establecida en el numeral 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que participó en la discusión y aprobación de la sentencia recurrida, como miembro del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto la proferida por la Sección Tercera Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 17 de noviembre de 2005.

SEGUNDO: ACÉPTASE, el impedimento manifestado por la señora Consejera Myriam Guerrero de Escobar.

TERCERO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ