

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / TEORÍA DEL CONTRATO NO CUMPLIDO / EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / PRESUPUESTOS DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / FACULTADES DEL JUEZ / FACULTADES DE LA ENTIDAD PÚBLICA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

[E]n la contratación estatal no está prevista la acción de cumplimiento, entendida como aquella orientada a que ante el incumplimiento de la entidad pública de las obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigírsele que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del contrato, como tampoco cabe exigir el cumplimiento judicial del contratista si fue éste el que incumplió el contrato. En el primero de los casos, se está frente a una responsabilidad contractual y cabe solicitar al juez que ordene a la administración reconocer y pagar los perjuicios que con su conducta causó al contratista y en el segundo, existen las medidas coercitivas y las potestades sancionatorias atribuidas a la administración por la ley para asegurar la ejecución del objeto contractual. Así se desprende del art. 87 del c.c.a. cuando señala como una de las pretensiones del contencioso contractual que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios. Esto significa que la aplicación del art. 1546 del Código Civil que consigna la llamada condición resolutoria tácita en relación con los contratos estatales presenta algunas modificaciones. No sucede lo mismo con la exceptio non adimpleti contractus, toda vez que ella además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art. 1609 del C.C.), es una regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes, aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del art. 13 de la ley 80 de 1993.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1609 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 13 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 87 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1546

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia de 13 de abril de 1999; Exp. 10131; C.P. Ricardo Hoyos Duque, del 16 de febrero de 1984; Exp. 2509; C.P. José Alejandro Bonivento Fernández, del 31 de enero de 1991; Exp. 4739, de 15 de septiembre de 1983; Exp. 3244, de 25 de junio de 1987; Exp. 4994; C.P. Jorge Valencia Arango, del 15 de mayo de 1992; Exp. 5950 y 17 de enero de 1996; Exp. 8356.

TEORÍA DEL CONTRATO NO CUMPLIDO / EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / PRESUPUESTOS DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA / BUENA FE / OBJETO DEL CONTRATO / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO

[E]n el ordenamiento jurídico colombiano con miras a conciliar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, se admite la exceptio non adimpleti contractus en los contratos administrativos, pero no con el alcance general y absoluto que tiene en la contratación entre particulares, sino limitada exclusivamente a aquellos casos en que el incumplimiento imputable a la administración coloque al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones. En estas condiciones, es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos

casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 83

IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE SUMINISTRO / DEBERES DEL CONTRATISTA / MODIFICACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

[D]e ninguna de las cláusulas del contrato, puede deducirse que la entidad estatal se reservó el derecho o la posibilidad de reducir el número de los alimentos a suministrar por el contratista; por el contrario, la cláusula primera estableció un número fijo de los alimentos que aquél debía entregar por día, con la posibilidad de adicionarlos, tal como se desprende de la cláusula segunda del contrato (...) El hecho de que la entidad demandada haya incumplido los pagos al contratista, está insinuado y afirmado sólo en la comunicación que éste envió a la gerente regional el 8 de mayo de 1992, un mes y 8 días después de haber iniciado la prestación de los servicios y en la comunicación del 15 de junio de 1992 en la cual informaba que los suspendía a partir de esa fecha. (...) no demostró el contratista cuándo presentó la cuenta correspondiente al mes de abril, puesto que en lo que hacía referencia a la del mes de mayo la administración todavía no estaba en mora, si se tiene en cuenta que dicha circunstancia se daría pasado el 10 de junio sin que se hubiera efectuado el pago. De la cuenta correspondiente al mes de junio, tampoco se tuvo en el expediente información alguna. La circunstancia de que Telecom haya reconocido que las cuentas del contrato debían agotar trámites fiscales y de legalización para poder ser canceladas, no evidencia un incumplimiento serio y grave de su parte y más aún, si se tiene en cuenta la falta de información sobre el momento de presentación de las mismas por parte del contratista.

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE SUMINISTRO / DEBERES DEL CONTRATISTA / MODIFICACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO / FALTA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / INEFICACIA DE LA PRUEBA

En lo que respecta a la reducción del suministro de alimentación, tampoco se probó que la entidad hubiese ordenado dicha situación. Pese a que con la prueba testimonial el contratista intentó probarla (...) no es tarea de la Sala el examen de las variaciones que pudieron tener las cantidades del suministro de alimentación, cuando la parte actora no lo hizo y a quien en últimas le correspondía la carga de la prueba (art. 177 c. de p.c.). (...) la terminación anticipada del contrato no fue prevista por las partes. Y sin perjuicio de la terminación unilateral reservada a la entidad pública por la ley y la cláusula vigésima del contrato, el contratante que no tuviese interés en la prórroga del plazo inicial, solo quedaba liberado de continuar su ejecución si así lo manifestaba a la otra con un mes de antelación a la fecha de vencimiento del plazo inicialmente pactado, tal como se previó en la cláusula décima primera del contrato. De los anteriores argumentos fácticos y aplicados los razonamientos que se hicieron sobre la teoría de la excepción de contrato no cumplido que alega el apelante (...) los presupuestos para hacerla procedente no

se dieron. De una parte, si bien es cierto la entidad demandada no satisfizo en la forma convenida el pago de los anticipos pactados en el contrato, el contratista tampoco fue puntual en la presentación de las cuentas. La reducción o modificación del objeto contractual no fue demostrada y fundamentalmente el incumplimiento de la entidad pública demandada no fue de tal magnitud o gravedad, que razonablemente imposibilitara el cumplimiento del contratista.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 177

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil (2000).

Radicación número: CE-SEC3-EXP2000-N13530

Actor: CARLOS GARCÍA TABARES.

Demandado: TELECOM

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del 13 de marzo de 1997 proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

1º.- La demanda

El señor CARLOS GARCIA TABARES, por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A., formuló demanda ante el Tribunal Administrativo de Córdoba el 12 de octubre de 1.994, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1.1. Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA (sic) de la Resolución 12010011-001611 de Agosto 3/92 emanada de la Gerencia de Telecom

Regional Montería, y por medio de la cual se declaró la CADUCIDAD administrativa del contrato RMO-00043/92 celebrado por dicha entidad con la firma TODO ALIMENTOS LTDA., representada legalmente por mi poderdante CARLOS A. GARCIA TABARES, y cuyo objeto era el suministro de los alimentos para la Cafetería de la Regional Montería de Telecom.

1.2. Que se declare también NULA, la resolución 12010011-002333 de octubre 13/92, por medio de la cual se negó el Recurso de Reposición interpuesto contra la Resolución arriba mencionada.

1.3. Como consecuencia de lo anterior, se declare a la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES -TELECOM- responsable del incumplimiento del contrato RMO 00043/92 celebrado con mi poderdante.

1.4. Que se condene a TELECOM a pagar a mi mandante, como resultado de las declaraciones anteriores, a pagar a mi poderdante (sic) la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000) POR CONCEPTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS MATERIALES, incluyendo el lucro cesante, y los intereses compensatorios de los que sumen desde la fecha de la causación del perjuicio hasta la fecha efectiva de pago de la cuantía solicitada o lo que resultare probado en el proceso si fuere mayor. Igualmente, la suma del 20% del valor total del contrato, es decir, \$2.912.222 equitativa a la pactada en la cláusula penal pecuniaria, más los intereses del 2.8% mensual hasta el día de pago y los reajustes monetarios.

1.4.1.- El pago se hará pesos legales, es decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) fijado por el DANE, entre las fechas de causación del daño y perjuicio hasta el pago definitivo y real.

1.4.2.- Que se le pague a mi mandante por los perjuicios morales, que son los que no pueden avalarse (sic) económicamente (aflicción, angustia, mala reputación, incapacidad comercial por la caducidad, etc) tanto presentes como futuros la suma de MIL GRAMOS oro fino al precio certificado por el Banco de la República al momento del pago definitivo.

Todo se imputará primero a intereses.

1.4.3. Que se le cancelen a mi poderdante los gastos del proceso y los intereses aumentados con la variación del INPC. Igualmente pido se le cancelen íntegramente las pólizas de seguros que canceló SEGUROS BOLIVAR S.A. a favor de TELECOM.- Regional Montería por este contrato. O subsidiariamente, que se declare como consecuencia de la nulidad de las resoluciones atacadas, que la sociedad TODO ALIMENTOS LTDA, no está obligada al pago de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato referido y que TELECOM, no puede hacer efectiva la garantía de cumplimiento.

1.5. Que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM-dictará dentro de los treinta (30) días siguientes al conocimiento de la sentencia debidamente ejecutoriada, la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento inmediato.”

2º.- Fundamentos de hecho

En la demanda se narran los siguientes:

1º.- Previo el proceso de invitación pública, la gerente de TELECOM Regional Montería y el representante legal de la firma TODO ALIMENTO LTDA, suscribieron el contrato RMO 00043/92, el cual tenía como objeto la atención de la cafetería y el suministro de desayunos, almuerzos, comidas y refrigerios al personal que laboraba en la sede principal de Telecom en Montería.

2º.- El contrato tenía un valor de \$14.561.100 y una duración de 9 meses del 1º de abril de 1992 al 31 de diciembre de ese año.

3º.- El contratista debía suministrar diariamente 10 desayunos, 80 almuerzos, 20 comidas y 30 refrigerios, excepto los sábados cuando tal número disminuía.

4°.- En la cláusula sexta del contrato se previó que TELECOM pagaría los servicios del contratista de la siguiente forma: El 60% del valor mensual mínimo de los suministros pactados en forma anticipada dentro de los 10 primeros días de cada mes, previa presentación y tramitación de la respectiva cuenta de cobro y el 40% restante, una vez se hiciera la respectiva relación de servicios prestados diariamente.

5°.- Desde el inicio del contrato TELECOM incumplió la anterior forma de pago, a pesar de los reclamos del contratista y como respuesta se le ordenó que desde el mes de junio de 1992 sólo entregaría 15 comidas diarias y no las estipuladas en el contrato, lo cual desde luego causó serios traumatismos a la empresa contratista, quien había hecho inversiones en infraestructura y en personal.

TELECOM adujo razones de orden presupuestal, lo cual era falso si se tiene en cuenta que el contrato contaba con su debida reserva presupuestal .

7°.- Ante el reiterado incumplimiento de TELECOM, tanto en los pagos como en la reducción del suministro, el 15 de junio de 1992 el contratista le comunicó a la gerente de la regional que por las anteriores razones no prestaría más los servicios contratados.

8°.- El 3 de agosto de 1992, TELECOM expidió la resolución 12010011-001666 en la cual declaró la caducidad del contrato, aduciendo la causal f. del art. 62 del decreto 222 de 1983, ordenó su liquidación y hacer efectiva la cláusula penal con cargo a la póliza de cumplimiento. Dicha resolución fue confirmada, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el contratista, a pesar de que Telecom reconoció en ese acto el incumplimiento en el pago de sus obligaciones, aduciendo razones de orden interno de la auditoría fiscal y guardó silencio con respecto a la ocurrencia de las demás circunstancias

9°.- TELECOM hizo efectivas las garantías prestadas por Seguros Bolívar y a la vez esta compañía repitió por la vía del proceso ejecutivo contra TODO ALIMENTO LTDA. las sumas pagadas a TELECOM.

10°.- La declaratoria de la caducidad impidió a la firma contratista participar en otras licitaciones por el término de 5 años y a su vez significó daño a su honorabilidad comercial.

3o.- La sentencia del tribunal

El tribunal desechó las pretensiones de la demanda aduciendo que

“Es sabido, que por regla general los contratos son ley para las partes, lo cual implica que no pueden ser desconocidos unilateralmente.

En los contratos administrativos, como el que se refiere este proceso, que lo es el de suministro, la administración pública por ministerio de la ley, en virtud de las cláusulas exorbitantes, puede en determinadas circunstancias dar por terminado unilateralmente el contrato. Pero este es un privilegio exclusivo de la administración y el particular que contrata con la administración pública, conoce de este privilegio de la administración, que es exclusivo de ella y que nunca puede estar radicado en cabeza del particular contratante, pues de serlo se estaría autorizando la justicia privada, es decir la justicia tomada por su propia mano, lo cual obviamente no está permitido.

Si Telecom como lo afirma el demandante, había incumplido el contrato, lo legal y jurídico era acudir a la justicia a fin de que se reconociera ese incumplimiento con las consecuencias normales que ello acarrea, pero no dar por terminado el contrato como lo hizo el actor.

Si ello es así, y el demandante dejó de cumplir con lo pactado, obviamente las resoluciones acusadas tienen un sustento fáctico correcto, razón por la cual la declaratoria de caducidad era procedente y se ajusta a derecho.”

4º.- El recurso de apelación

Argumenta el demandante que la providencia del tribunal debe ser revocada para acceder a sus pretensiones, si se tiene en cuenta que el razonamiento jurídico del tribunal se contrae a precisar que en los contratos administrativos la terminación unilateral del contrato solo puede aplicarla la administración pública, cosa que no se discute, pues a los particulares solo les queda “la posibilidad de seguir sufriendo los abusos de la administración, mientras la justicia declara o no el incumplimiento del contrato.”

Pero si Telecom incumplió primero, al no cancelar oportunamente el pago adelantado del contrato según lo pactado y si rebajó sin motivación alguna el número de comidas a suministrar por el contratista, es evidente que existe un claro incumplimiento contractual que no puede permitir judicialmente declarar una caducidad con todos sus efectos legales.

No comparte el planteamiento de la sentencia la cual básicamente lo que dice es que el contratista no podía suspender la ejecución del contrato, a pesar de que no hay duda del incumplimiento de Telecom, pues al parecer aquel estaba condenado a enriquecer sin justificación al Estado. Considera el recurrente que “tal incumplimiento no obstante haberse presentado primero por parte de la entidad demandada, le resta sus posibilidades de que se haga justicia, ya que las resoluciones acusadas tienen un fundamento fáctico, como si lo que se discutiera en el proceso es el fundamento de hecho y no la imposibilidad JURIDICA de Telecom, de declarar la caducidad y posterior liquidación unilateral del contrato.”

Como sustento de sus argumentos el recurrente cita la sentencia del 12 de diciembre de 1996, expediente 10.299, en la cual el Consejo de Estado sostuvo que “...Si, como se vio, la entidad contratante no había pagado la totalidad del

anticipo, no estaba en condiciones de exigir que la contratista cumpliera sus obligaciones dentro del término legal pactado en el contrato; y si esta incurrió en mora en el cumplimiento de parte de sus obligaciones, el hecho de encontrarse la contratante en mora de pagar el anticipo no le permitía imponer multas ni decretar la caducidad del contrato”.

Manifiesta también el recurrente que la misma sentencia reiteró la pauta jurisprudencial, según la cual “frente al incumplimiento bilateral, la administración no podía hacer uso ni de la cláusula de caducidad, ni de su facultad de sancionar con multas el incumplimiento del contratista, por prohibirlo el artículo 1609 del Código Civil, pues encontrándose ambas partes en incumplimiento, ninguna puede imputar mora al otro”.

5º. Los alegatos de conclusión.

Presentó alegatos de conclusión sólo la entidad demandada para manifestar que las resoluciones acusadas son el resultado del incumplimiento del contratista, quien a solo dos meses y medio de haberse iniciado el contrato, informó a TELECOM la terminación del mismo aduciendo el incumplimiento en el pago de los anticipos y la reducción del número de comidas; fundamentos que no tienen razón de ser por los siguientes motivos:

“a.- Los anticipos no se pagaron porque EL CONTRATISTA **NUNCA** presentó a tiempo las respectivas cuentas”. La cuenta de cobro del 60% de anticipo debía presentarla el día 10 del mes anterior, lo cual quiere decir, que la correspondiente al mes de abril (mes en que se inició el contrato) no se le podía pagar en la fecha indicada, porque el 10 de marzo apenas se estaba adelantando el proceso de contratación. La cuenta de anticipo correspondiente al mes de mayo debió EL CONTRATISTA presentarla el día 10 de abril y sólo lo hizo el 5 de mayo de 1992, lo cual puede verificarse con la cuenta que reposa en el expediente. Y la cuenta del mes de junio nunca fue presentada. No obstante, la demandada reconoce que al contratista se le informó que la

causa en la demora en el pago se debía a que TELECOM como establecimiento público que era al momento de celebrar el contrato, tenía que ceñirse a una serie de trámites fiscales.

b. En relación con la presunta rebaja en el número de comidas, aducida por el demandante, puede verificarse que Telecom no dio la orden de reducirlas, por cuanto en ningún momento se redujo la planta de personal de la Empresa y siendo el suministro de alimentos un derecho prestacional extralegal de los trabajadores, hubiera implicado un conflicto laboral que en la práctica tuvo que solucionar la Sección de Recursos Humanos cuando la firma contratista suspendió el suministro, ya que se vio obligada a contratarlo por caja menor mientras se hacía una nueva adjudicación.

Precisa el apoderado de la entidad que “si en algún momento se dio un presunta rebaja de número de comidas ello obedeció a los movimientos normales que se generan en el manejo del recurso humano, tales como vacaciones, incapacidades, licencias, comisiones de servicios, etc. Situaciones que son eminentemente temporales y que esto no obedecía a una orden de reducción del servicio”.

Finalmente afirma el apoderado de la entidad demandada, que a pesar de que se llamó en repetidas ocasiones al representante legal de la firma de alimentos, ante la suspensión del servicio por la situación de tipo laboral que se presentó en la entidad, no obtuvo solución alguna por parte del demandante.

6o.- Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Sexta delegada del Ministerio Público ante esta Sección solicita la confirmación de la sentencia, toda vez que no está demostrado el incumplimiento de la entidad demandada. Luego de hacer algunas consideraciones sobre la naturaleza del contrato de suministro en el sentido de que una de las características especiales de este contrato “es que no se sabe siempre, a ciencia cierta, el número de bienes que se van a requerir durante el

periodo del contrato, por lo que la cantidad de tales bienes, dependiendo de ciertas circunstancias, puede ser superior en algunas entregas e inferior en otras, según las necesidades del servicio”, afirma que se desprendía de la forma de pago prevista en la cláusula sexta del contrato un pago fijo mensual y el resto variable, correspondiente al consumo que efectivamente se diera cada mes, lo cual significa que el contratista aceptó la posibilidad de que el suministro variara durante la ejecución contractual.

Tampoco se acreditó por el contratista que la entidad demandada haya incurrido en mora de pagar las cuentas del contrato, si se tiene en cuenta que en el expediente sólo se acreditó la presentación de la cuenta de cobro por concepto del anticipo correspondiente al mes de mayo de 1992, pero no se acreditó cuando fueron presentadas las correspondientes a los meses de abril y junio.

Para la Delegada del Ministerio Público, no es la inexistencia de pruebas acerca del incumplimiento de la entidad demandada la única razón para desestimar las pretensiones de la demanda, sino también el análisis del vicio de falsa motivación que se le imputa al acto acusado.

Considera que en la resolución de caducidad que se ataca, a juicio de la entidad demandada se configuró el incumplimiento de las obligaciones del contratista con su decisión de dar por terminado anticipada y unilateralmente el contrato, circunstancia que está plenamente demostrada con el oficio que envió el 16 de junio de 1992.

El Ministerio Público estima que “si el contratista consideró que la entidad demandada estaba incumpliendo el contrato, ha debido recurrir a la instancia judicial si directamente no obtuvo solución a sus reclamaciones”. Sin embargo observa, que “la reacción del contratista fue precipitada y exagerada”, pues sólo llevaba dos meses y medio de ejecución del contrato cuando decidió suspenderlo

por incumplimiento de la entidad contratante. Si bien el contratista se excusó en el art. 1602 del Código Civil, según el cual, el contrato es ley para las partes, no tuvo en cuenta, sin embargo, lo dicho por la norma en su parte final en cuanto a que el contrato “no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Y lo cierto es que la ley en materia de contratación administrativa, sólo le brindó esa facultad a la entidad estatal, no al contratista.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

La Sala confirmará la sentencia recurrida, previo el examen de los siguientes aspectos: 1) Los hechos probados en el proceso 2) la excepción de incumplimiento alegada por la parte actora 3) El caso concreto.

1. Los hechos probados en el proceso

En el expediente están acreditados los siguientes hechos, relevantes para desatar la controversia:

1.- El contrato No. RMO-00043-93 (fl. 27) suscrito por las partes el 26 de marzo de 1992, por un valor de \$14.561.100 (reajutable) y un plazo de 9 meses, del 1º de abril al 31 de diciembre de 1992, del cual se resaltan las siguientes cláusulas:

PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO- EL CONTRATISTA se obliga a la atención de la Cafetería y al suministro de desayunos, almuerzos, comidas y refrigerios al personal de TELECOM que labora en la Gerencia Regional de Montería. Deberá suministrar diariamente (...) de lunes a viernes. Desayunos: Diez (10); Almuerzos Ochenta (80); Comidas Veinte (20); Refrigerios Treinta (30); Sábados: Desayunos:

Cinco (5); Almuerzos treinta (30), Refrigerios treinta (30), aclarando que es un refrigerio diario por funcionario. (...).

SEGUNDA: EL CONTRATISTA se compromete a suministrar los pedidos adicionales que TELECOM le solicite, debidamente autorizados; su liquidación se hará mensualmente, la cuenta de cobro debe ir acompañada de la autorización del servicio y presentarse dentro de los cinco primeros días del mes. (...)

SEXTA: FORMA DE PAGO: TELECOM cancelará al CONTRATISTA sus servicios de la siguiente forma: a) el 60% del valor mensual mínimo de los suministros pactados en forma anticipada, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, previa presentación y tramitación de la cuenta de cobro, la cual deberá presentar el contratista el día 10 del mes anterior. b) el 40% restante se cancelará una vez hecha la conciliación mensual, que deberá efectuarse en los cinco primeros días del mes siguiente al causado, acompañada de una relación especificando los servicios prestados diariamente así: Clase de servicio, número, valor unitario y valor total; igualmente la constancia expedida por el interventor del contrato sobre la correcta prestación del servicio:

DECIMA PRIMERA. DURACIÓN DEL CONTRATO- La duración del presente contrato será de nueve (9) meses contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento. PARAGRAFO: Cualquiera de las partes podrá notificar a la otra su decisión de dar por terminado el presente contrato con una anticipación no menor de un (1) mes a la fecha del vencimiento.

DECIMA SEGUNDA: FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO- Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito se podrá de común acuerdo entre las partes, suspender (sic) temporalmente la ejecución del contrato, lo que se hará mediante la suscripción de un acta por parte del interventor del contrato y el CONTRATISTA donde conste tal evento, (...) Cuando se presente circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que afecten las obligaciones del contratista, para ser aceptadas, éste deberá comunicarlas por escrito a TELECOM inmediatamente tengan ocurrencia, con la debida comprobación. Se entiende por fuerza mayor o caso fortuito las situaciones contempladas y definidas en el art. 64 del

Código Civil y artículo 10 de la ley 95 de 1980 (sic), por lo tanto no se aceptará adición o modificación alguna a éste concepto.”

El contrato por lo demás, estipulaba las obligaciones a cargo del contratista, tales como vigilancia de la cafetería, disposición del personal para atenderla, elementos suministrados por Telecom, mantenimiento y aseo de las instalaciones, interventoría del contrato, multas al contratista, cláusula penal pecuniaria, garantías del contrato, caducidad del contrato, apropiación presupuestal, etc.

2.- El contratista fue el señor Carlos Alberto García Tabares, propietario del establecimiento de comercio denominado TODO ALIMENTO, debidamente matriculado como persona natural en la Cámara de Comercio de Montería (fl. 21).

3.- Las condiciones generales elaboradas por Telecom para la invitación a las personas interesadas en la prestación del servicio de alimentación (fl. 80 a 93), de las cuales se resalta el punto 7 del anexo No. 1, (fl. 94) que establecía:

“7. Los servicios subsidiados de desayuno, almuerzo y comida se ofrecerán al personal de Producción en turnos; solamente tomarán los servicios que coincidan con el horario de su turno (...)

El servicio de almuerzo será suministrado al personal administrativo que esté laborando; se dará un solo servicio por funcionario.

No tendrán derecho al servicio de alimentación subsidiado los funcionario (sic) que se encuentren en permiso, licencia, vacaciones, incapacidad, licencias por enfermedad o maternidad, comisión, suspensión, compensatorios y en general toda ausencia, con excepción del cumplimiento de citas médicas”.

4.- Reposo en el expediente copia de la CUENTA DE COBRO 002 presentada por el contratista con fecha mayo 4 de 1992 para el pago del anticipo del 60% del

valor mensual de los suministros de alimentos, por un valor de \$970.740, correspondientes al del mes de mayo de 1992 (fl. 38)

5.- Con fecha 5 de mayo de 1992 el jefe de Desarrollo de Recursos Humanos de la entidad demandada, certificó la prestación de los servicios por parte del contratista, a efecto de que se le cancelara la anterior cuenta. (fl 37).

6.- En comunicación de 8 de mayo de 1992 (fl. 33) dirigida por el contratista a la gerente regional de Telecom, le recordó la forma de pago pactada en el contrato, con el fin de que interpusiera "sus buenos servicios" para que se le cancelara la cuenta correspondiente al mes de abril en forma total, ya que hasta esa fecha no había recibido "siquiera el anticipo del 60%". En la misma comunicación, solicitó la cancelación del anticipo correspondiente al mes de mayo y terminó manifestándole que

"Como se ha podido constatar, estamos haciendo un esfuerzo grande económicamente para cumplir a cabalidad nuestro compromiso pero también Ud. comprenderá que presupuestalmente contábamos con dicho anticipo y que el no recibirlo oportunamente, se nos presentan serias dificultades de tipo financiero".

7.- Reposo copia de la comunicación del 15 de junio de 1992, recibida por la empresa demandada al día siguiente, en la cual el contratista informó a la misma funcionaria:

"(...)

1º. La empresa a su cargo (TELECOM), ha incumplido totalmente las cláusulas del contrato de la referencia suscrito desde marzo 26/92.

2º. La violación se presenta especialmente en: a.- Forma de pago. Telecom, según el contrato que usted conoce, se comprometía a

cancelar al contratista sus servicios dando el 60% del valor anual (sic) mínimo de los suministros pactados en forma anticipada y dentro de los 10 (diez) primeros días de cada mes, previa presentación y tramitación de la cuenta de cobro y el 40% restante se cancelaría una vez hecha la respectiva conciliación de la relación de alimentos prestados.

Como también es de su conocimiento - ya que le enviamos comunicación al respecto en mayo 08/92 - eso nunca se cumplió. Y

b. Ahora, sin justificación alguna, Telecom, no solo no nos ha pagado según lo pactado sino que también sin aviso previo, cortes (sic) y elemental siquiera; desde hace una semana reduce el número de comidas a entregar en la cafetería a solo quince (15) por días (sic), lo que representa una rebaja de casi el 80% de lo pactado, lo que ha ocasionado perdidas irreparables de alimentos y en dinero para la empresa. 3°. Por lo tanto, y visto lo notoria mala fe de la empresa en el cumplimiento de lo pactado, lo cual al tenor del artículo 1602 del C.C, es ley para las partes, informo a usted, que a partir de la fecha, nos abstendremos de prestar dichos servicios y que acudiremos a los estrados judiciales inmediatamente, a fin de que se nos reparen los perjuicios abundantes causados por su administración regional.”

8.- También reposan en el expediente unas planillas (a lápiz) sin firma del contratista ni de funcionario alguno, denominadas “CONTROL DE INGRESOS”, en las que parece el contratista anotaba el número de desayunos, almuerzos, comidas y refrigerios despachados, por los meses de abril mayo y junio (fls. 34, 34 y 36).

9.- La prueba testimonial recibida por el a quo (fl. 71 a 78). De estos testimonios, el del señor Julio Roberto Ruiz Chica (fl. 71) de cuenta que

“Telecom como establecimiento público, presta los servicios de telefonía y telegrafía en un honorario bastante extenso, por lo cual su personal debe laborar por turnos, por lo que la empresa debe suministrar alimentos como almuerzo y comida a ese personal (...) ante lo cual se ve precisada a contratar el suministro de alimentos con firmas

particulares (...) En 1992, se contrató con la empresa Todo alimentos para que prestara este servicio, recuerdo que fue el primer semestre (...), ellos debían suministrar desayunos, almuerzos, comidas y refrigerios. Como a los tres meses se me informó que la firma Todoalimento (sic), había suspendido el suministro de los alimentos creándose para la sección para la cual yo trabajo un problema de tipo laboral por cuanto no se le siguió suministrando el alimento al personal, por lo que hubo que contratar por caja menor el suministro de éstos mientras en la gerencia se adelantaba la nueva contratación. Posteriormente al contratista se le declaró la caducidad del contrato porque se negó a continuar prestando el servicio. Nunca hubo diferencias con el contratista y que se llamó en varias oportunidades para mirar o analizar las causas por las cuales el había suspendido el contrato. (...)

El funcionario que tuvo a cargo la interventoría del contrato, a la pregunta de porqué el contratista suspendió el servicio de alimentación, manifestó que

“Ellos adujeron que se les había reducido el servicio, cosa que la empresa nunca lo hizo oficialmente y quien se lo debía de comunicar la suspensión del servicio, era mi persona como interventor del mismo contrato, pues esas eran las razones que ellos expusieron para la suspensión.” (fl.75)

A la pregunta elevada al interventor por el apoderado de la parte actora de que aclarara si al contratista se le había informado de otra forma, ya que no se le había informado “oficialmente”, contestó:

“No, porque yo entiendo que un acto administrativo como lo es un contrato celebrado entre las partes, algo que lo modifique, que lo suprima, tiene que hacerse a través de un acto administrativo como tal. Entonces el suministro de alimentos es aproximado, bien puede ser que se reduce o se da por encima de lo pactado en el contrato y se produjo alguna reducción, se debe a hechos como personal que sale a vacaciones, que de hecho no tienen derecho al servicio de cafetería, personal que sale en licencia, estos casos hacen que en algunos meses no se de lo que está pactado en el contrato.” (fl. 76).

También respondió que “de acuerdo a la invitación a cotizar, las cantidades eran aproximadamente, por encima o por debajo” y a la pregunta de “si las cantidades eran por debajo cual era el procedimiento para informarle al contratista” contestó que

“El contratista prestaba el servicio y todo funcionario de Telecom que hacía uso de ello, entregaba al contratista un tiquete, el cual al finalizar el mes respectivo el contratista presentaba dichos tiquetes con una relación diaria de los servicios que prestó durante el mes, así se realizaba y se contabilizaba y ellos tramitaban su cuenta por el valor de los tiquetes relacionados, quiere ello decir que en ningún momento, ni ellos como contratistas ni yo como interventor preveíamos en cuanto iba a estar el servicio por encima o por debajo de lo pactado en el contrato.” (fl. 76).

La gerente de la regional Montería de la empresa demandada rindió declaración en el siguiente sentido:

“Ante el anuncio de esta empresa Todoalimento de suspender el servicio de cafetería que había sido previamente contratado por dicha empresa con Telecom, llamamos a su representante legal señor García Tavares, a la gerencia para dialogar con él y conocer exactamente los motivos de su descontento, el adujo que Telecom estaba incumpliendo el contrato por cuanto se había atrasado (sic) en los paos (sic) por lo cual les explicamos (...) que la empresa tenía que ceñirse a las normas establecidas como era el decreto 222 y para las normas presupuestales, que establecía ciertas fechas para la presentación de cuentas. Como ellos por diversos motivos no habían presentado las cuentas respectivas en las fechas señaladas, se había retrasado un poco los pagos que el aducía. En tres oportunidades que yo recuerde, nos reunimos en la gerencia con el Jefe Administrativo, el jefe de Recursos Humanos, el señor García Tavares y su abogado, para que comprendiera la inconveniencia de suspender el contrato y que si ellos presentaban oportunamente en las fechas previstas las cuentas respectivas los pagos igualmente serían oportunos. Ellos hicieron caso

omiso de nuestras solicitudes y resolvieron unilateralmente dar por terminado el contrato.” (fl. 77).

2. La excepción de incumplimiento alegada por la parte actora.

Como quiera que el demandante fundamenta la ilegalidad de los actos acusados en el hecho de que TELECOM estaba en la “imposibilidad jurídica” de declarar la caducidad del contrato porque incumplió primero con sus obligaciones contractuales, entiende la Sala que lo que pretende la parte actora es que se dé cabida a la aplicación de la excepción de contrato no cumplido a que se refiere el art. 1609 del Código Civil - *exceptio non adimpleti contractus* - y en lo que se fundamenta el concepto de la violación de la demanda, lo cual tiene estrecha relación con la determinación que tomó el contratista de dejar de prestar los servicios contratados a la entidad pública y sobre la cual no se pronunció el tribunal.

Sea lo primero advertir que en la contratación estatal no está prevista la acción de cumplimiento¹, entendida como aquella orientada a que ante el incumplimiento de la entidad pública de las obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigírsele que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del contrato, como tampoco cabe exigir el cumplimiento judicial del contratista si fue éste el que incumplió el contrato. En el primero de los casos, se está frente a una responsabilidad contractual y cabe solicitar al juez que ordene a la administración reconocer y pagar los perjuicios que con su conducta causó al contratista y en el segundo, existen las medidas coercitivas y las potestades sancionatorias atribuidas a la administración por la ley para asegurar la ejecución del objeto contractual. Así se desprende del art. 87 del c.c.a. cuando señala como una de las pretensiones del contencioso contractual que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios.

¹ De acuerdo con el art. 87 de la Constitución Política, sólo se previó esta acción para demandar el cumplimiento de un ley o un acto administrativo.

Esto significa que la aplicación del art. 1546 del Código Civil que consigna la llamada condición resolutoria tácita en relación con los contratos estatales presenta algunas modificaciones.

No sucede lo mismo con la *exceptio non adimpleti contractus*, toda vez que ella además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art. 1609 del C.C.), es una regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes, aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del art. 13 de la ley 80 de 1993 y sobre la cual la jurisprudencia de la Sala ha superado la resistencia de algunos doctrinantes.

Al respecto, el profesor Christian LARROUMET², señala que “la *exceptio non adimpleti contractus* consiste en la prerrogativa que se reconoce a una de las partes de un contrato sinalagmático de no ejecutar su obligación con la otra parte mientras esta no ejecute la suya. Por consiguiente se trata de un medio de presión que ejerce un contratante contra el otro para obligarlo a la ejecución. Este medio de presión se manifiesta con una suspensión de los efectos del contrato...”

Ya la sala al analizar una controversia en la cual se discutía la aplicación de esta teoría³ señaló que

“La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de las obligaciones recíprocas. Esto es, “la obligación asumida por uno de los contratantes constituye la causa de la obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que uno está obligado con el otro porque este está obligado con el primero”. Y

² *Teoría General del contrato*. Bogotá, Edit. Temis, 1993. Vol. II página 138.

³ Ver sentencia de 13 de abril de 1999, Exp. 10.131.

es la existencia de obligaciones recíprocas e interdependientes las que permiten contemplar sanciones distintas de la condena a daños y perjuicios en caso de inejecución de sus obligaciones por uno de los contratantes. “Admitir que uno de los contratantes está obligado a ejecutar, mientras que el otro no ejecuta, sería romper la interdependencia de las obligaciones que es la esencia del contrato sinalagmático” y por ello se autoriza la aplicación de prerrogativas como la de la resolución del contrato o la *Exceptio non adimpleti contractus*⁴.

Esta excepción tiene su origen en el negocio mismo frente a los deberes de las partes. Aparece contemplada en el art. 1609 del Código Civil así:

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”

En relación con la excepción de contrato no cumplido en los contratos administrativos, esta Sección en la sentencia de 16 de febrero de 1984⁵, señaló:

“(....)

Es que la excepción de contrato no cumplido, regulada en el artículo 1609, tiene una exacta aplicación, como medida de defensa sustancial, y, por ende, procesal cuando se lleva a plano de controversia judicial, cuando los contratantes han incumplido los deberes de la esencia o de la naturaleza del negocio jurídico. Corresponde cotejar las obligaciones, graduar sus alcances alrededor de la causa negocial, para que, luego, de esa confrontación, se pueda encontrar el camino recto de la excepción. Por eso, resultaría inadmisibles que frente a una obligación esencial se pueda asumir una defensa con la alegación de un deber intrascendente.

Y en aras de lograr esa armonía contractual, una respuesta a la simetría prestacional, se acude a la excepción de contrato no cumplido, que ha de venir cuando se persigue la sanción del contratante que ha faltado a sus deberes, mediante la resolución, con indemnización de perjuicios. Empero, cuando son las partes vinculadas a un contrato bilateral, las que incumplen, es decir, la imputabilidad negocial es de ambos, no se puede obligar que se imponga la sanción pecuniaria que emana de la indemnización por perjuicios. En ese sentido es expresivo el artículo 1610, cuando en el numeral 3º permite al acreedor de una obligación de hacer

⁴ CFR. CHRISTIAN LARROUMET, *Teoría General del Contrato*. Vol. II., Santa Fe de Bogotá, edit., Temis, 1993, Pag.137.

⁵ Expediente 2509. Actor: Cadavid Herrera Limitada.

junto con la indemnización de la mora, exigir la reparación de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

La excepción de contrato no cumplido debe ser entendida como un recurso dilatorio y temporal, que impide, frente al incumplimiento de recíprocas obligaciones, las consecuencias sustanciales del negocio, en su producción prestacional. Sin embargo, la inobservancia de un contratante de un deber, que es primero en el tiempo, no le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la *bona fides in solvendo*.”

Para definir si es procedente o no la aplicación de la teoría de la excepción de contrato no cumplido, la doctrina y la jurisprudencia de esta sección, también se han encargado de establecer cual debe ser el grado de incumplimiento de la entidad pública que colque en imposibilidad de cumplir al contratista.

Miguel Angel BERCAITZ señala que

“la falta de cumplimiento por la Administración, dentro de los plazos contractualmente establecidos, al pago de las prestaciones económicas a su cargo, mediante las cuales el cocontratante estará en condiciones de cumplir el servicio, de realizar la obra o el suministro, es evidente que constituye una violación del contrato. Tal conducta cuando asume caracteres graves, autoriza al contratista del Estado, no sólo para oponer la *Exceptio non adimpleti contractus*, (...) sino inclusive para demandar su rescisión.

(...)

Si el atraso en el pago de las prestaciones debidas al cocontratante asume caracteres inadmisibles que coloquen a éste en imposibilidad, aunque no sea en forma absoluta, de cumplir con las obligaciones que ha asumido, no puede haber duda alguna de que el cocontratante de la Administración podrá oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, suspendiendo la ejecución de la obra, del servicio o del suministro, e inclusive demandar la rescisión del contrato.

Los tratadistas franceses, ajustándose a la jurisprudencia corriente del Consejo de Estado de su país, sostienen que el atraso en

pago sólo otorga en principio al cocontratante el derecho a reclamar intereses moratorios.

Consideramos que si existe imposibilidad de cumplimiento, nadie puede ser obligado a hacer lo que no puede, y por tanto, la rescisión se impone, y con mucho mayor fundamento la *exceptio non adimpleti contractus* por razones de orden material, jurídicas y morales. Ni el pago de intereses moratorios o compensatorios, ni ninguna otra condena al pago de daños, puede cubrir la imposibilidad de cumplimiento.

Como dice Marienhoff: “en homenaje a la satisfacción del interés público, no puede pretenderse el sacrificio de una sola persona ni aceptarse, entonces, la ruina económica del cocontratante, situación en la que éste podría verse colocado” ; “ello implicaría obligarlo a que actúe como financiador de las obras estatales”. O como “banquero de la Administración”, según lo expresión de Jéze.⁶

En sentencia del 31 de enero de 1991, expediente 4739, la Sala hizo las siguientes apreciaciones sobre la *exceptio non adimpleti contractus* como un medio de defensa en la contratación administrativa ⁷ :

“No obstante la perspectiva jurídica anterior, la Sala se inclina por la tesis de quienes predicán que la *exceptio non adimpleti contractus* sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio de interés público que informa el contrato administrativo. El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así, y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a

⁶ *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, segunda edición. P. 372-374.

⁷ En igual sentido se pronunció en las sentencias de 15 de septiembre de 1983, expediente 3244; 25 de junio de 1987, exp. 4994. Posteriormente guardó la misma posición, ver sentencias del 15 de mayo de 1992, exp. 5950 y 17 de enero de 1996, exp. 8356.

poner a disposición del contratista el terreno donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina ? A estos extremos no se puede llegar, pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como el de la buena fé, la justicia, etc., lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto, el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la *exceptio non adimpleti contractus* se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable o nó.”

De tal manera que en el ordenamiento jurídico colombiano con miras a conciliar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, se admite la *exceptio non adimpleti contractus* en los contratos administrativos, pero no con el alcance general y absoluto que tiene en la contratación entre particulares, sino limitada exclusivamente a aquellos casos en que el incumplimiento imputable a la administración coloque al contratista en una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR SUS OBLIGACIONES.

En estas condiciones, es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual.

3. El caso concreto

El demandante sostiene que la entidad contratante no debió -por imposibilidad jurídica- declarar la caducidad del contrato, toda vez que el incumplimiento de su parte, esto es, haber suspendido la ejecución del mismo se debió al incumplimiento de las obligaciones contractuales que a ella correspondían, concretamente el pago del anticipo de los dos primeros meses de ejecución del contrato que la contratante se comprometió a pagar dentro de los 10 primeros días de cada mes y de otra parte, a la reducción de la cantidad de alimentos objeto del contrato. Por su parte la contratante justifica su decisión en el tiempo que demanda la legalización de las cuentas de cobro y en que éstas no fueron presentadas oportunamente por el contratista y niega que haya ordenado al contratista la reducción de los alimentos objeto del contrato.

La razón por la cual la Sala se ocupó de relacionar el material probatorio obrante en el expediente, se debe a que en la apelación el demandante insiste en que fue evidente el incumplimiento de la entidad pública demandada y que ello justificó su decisión de haber suspendido la ejecución del contrato.

De una valoración adecuada de las pruebas la Sala encuentra que de ninguna de las cláusulas del contrato, puede deducirse que la entidad estatal se reservó el derecho o la posibilidad de reducir el número de los alimentos a suministrar por el contratista; por el contrario, la cláusula primera estableció un número fijo de los alimentos que aquél debía entregar por día, con la posibilidad DE ADICIONARLOS, tal como se desprende de la cláusula segunda del contrato (hecho probado No.1).

Sin embargo, en la solicitud de cotización en la que se fijaron las condiciones generales de la invitación a las personas interesadas en la prestación del servicio, se previó que no tendrían derecho al servicio de alimentación los funcionarios que se encontraran en permiso, licencia, vacaciones, incapacidad, compensatorios, comisión, etc. (punto 7 del anexo 01, fl. 94), documento integrante del contrato según se estipuló en el párrafo primero de la cláusula primera.

El hecho de que la entidad demandada haya incumplido los pagos al contratista, está insinuado y afirmado sólo en la comunicación que éste envió a la gerente regional el 8 de mayo de 1992, un mes y 8 días después de haber iniciado la prestación de los servicios y en la comunicación del 15 de junio de 1992 en la cual informaba que los suspendía a partir de esa fecha. De acuerdo con la forma de pago estipulada, los anticipos mensuales pactados debían cancelarse por la demandada un mes después de la presentación de la respectiva cuenta por parte del contratista, quien debía presentarla dentro de los 10 primeros días del mes anterior. Aquí cobra importancia la falta de prueba alegada por la demandada, ya que en efecto, pese a que existe constancia de la presentación de la cuenta correspondiente al anticipo del mes de mayo de 1992, el día 4 de ese mes, o sea dentro de los primeros 10 días del mismo, no demostró el contratista cuándo presentó la cuenta correspondiente al mes de abril, puesto que en lo que hacía referencia a la del mes de mayo la administración todavía no estaba en mora, si se tiene en cuenta que dicha circunstancia se daría pasado el 10 de junio sin que se hubiera efectuado el pago. De la cuenta correspondiente al mes de junio, tampoco se tuvo en el expediente información alguna.

La circunstancia de que Telecom haya reconocido que las cuentas del contrato debían agotar trámites fiscales y de legalización para poder ser canceladas, no evidencia un incumplimiento serio y grave de su parte y más aún, si se tiene en cuenta la falta de información sobre el momento de presentación de las mismas por parte del contratista.

En lo que respecta a la reducción del suministro de alimentación, tampoco se probó que la entidad hubiese ordenado dicha situación. Pese a que con la prueba testimonial el contratista intentó probarla, al preguntarle al interventor del contrato si tenía conocimiento de que en el mes de junio se hubiese suministrado el “día 8 (sic), cantidad:9; día 3, cantidad 10; día 4, cantidad 10; día 5, cantidad 8; día 6 ninguna cantidad, día 7, ninguna, día 8, 11, día 9, 11, día 10, 9, día 11, 8, día 12, 13, día 13 ninguna, día 14 ninguna, día 15, 7 y día 16, último día que laboraron 15 comidas” (fl. 75), éste respondió que no tenía conocimiento de eso y no se preocupó el demandante por demostrar con otros medios de prueba la ocurrencia de tal circunstancia y la incidencia que ello tuvo para desajustar las condiciones originalmente convenidas en el contrato.

Si se confronta esta información con las planillas sobre “control de ingresos” que ya se observó aparecen en el expediente, no obstante no tratarse de una prueba que preste el mérito suficiente por la informalidad en su elaboración, repara la Sala que las cantidades de alimentos suministrados en el mes de junio por el contratista, superan las cantidades que se quisieron demostrar con la prueba testimonial, lo cual puede constatarse con los datos que aparecen consignados en la planilla de ese mes (fl.34).

En estas condiciones, no es tarea de la Sala el examen de las variaciones que pudieron tener las cantidades del suministro de alimentación, cuando la parte actora no lo hizo y a quien en últimas le correspondía la carga de la prueba (art. 177 c. de p.c.).

De otro lado, no puede perderse de vista que la terminación anticipada del contrato no fue prevista por las partes. Y sin perjuicio de la terminación unilateral reservada a la entidad pública por la ley y la cláusula vigésima del contrato (fl.30), el contratante que no tuviese interés en la prórroga del plazo inicial, solo quedaba liberado de continuar su ejecución si así lo manifestaba a la otra con un mes de antelación a la fecha de vencimiento del plazo inicialmente pactado, tal como se previó en la cláusula décima primera del contrato.

De los anteriores argumentos fácticos y aplicados los razonamientos que se hicieron sobre la teoría de la excepción de contrato no cumplido que alega el apelante, la Sala concluye que los presupuestos para hacerla procedente no se dieron. De una parte, si bien es cierto la entidad demandada no satisfizo en la forma convenida el pago de los anticipos pactados en el contrato, el contratista tampoco fue puntual en la presentación de las cuentas. La reducción o modificación del objeto contractual no fue demostrada y fundamentalmente el incumplimiento de la entidad pública demandada no fue de tal magnitud o gravedad, que razonablemente imposibilitara el cumplimiento del contratista.

De manera que no tiene asidero legal la posición del apelante de que el incumplimiento de la administración lo autorizaba a suspender el contrato y después a reclamar los perjuicios.

En este orden de ideas, bien pudo el contratista acudir a otros mecanismos administrativos o judiciales para que la administración le reconociera los perjuicios ocasionados, pero no estaba legitimado para suspender unilateralmente los

servicios que venía prestando tal como lo hizo, que como lo calificó la delegada el Ministerio Público más que un derecho de hacerlo, lo que tuvo fue una reacción “precipitada y exagerada”, que justifica legalmente la expedición de los actos acusados.

En estas condiciones, no están llamadas a prosperar las pretensiones del actor y por el contrario, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA :

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 13 de marzo de 1997.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

MARIA ELENA GIRALDO G.
Presidente sección

JESUS MARIA CARRILLO B.

RICARDO HOYOS DUQUE

ALIER E. HERNANDEZ E.

GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR