La excepción de incumplimiento en el contrato estatal: crítica de la limitación doctrinal y jurisprudencial a su ejercicio por parte del contratista en el derecho colombiano^{*_**}

» SONIA CAMARGO BERNAL^{***}

RESUMEN. Si bien la *exceptio non adimpleti contractus* ha sido reconocida en el derecho privado, su aplicación en el derecho público todavía es cuestionada por parte de la doctrina, que considera que al estar de por medio la satisfacción del interés público, el contratista no podría suspender la ejecución de su prestación

* Fecha de recepción: 15 de junio de 2024. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2025.

Para citar el artículo: Camargo Bernal, S., “La excepción de incumplimiento en el contrato estatal: crítica de la limitación doctrinal y jurisprudencial a su ejercicio por parte del contratista en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 49, julio-diciembre 2025, 215-249. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.49.07>.

** El presente artículo es producto de la investigación adelantada por la autora en el marco de la maestría en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en Contratación Contemporánea de la Universidad Externado de Colombia.

*** Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, Bogotá, Colombia; profesional especializado. Magíster en Contratación Contemporánea, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; magíster en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; especialista en Derecho Público, Ciencia y Sociología Política, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia; abogada, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, Colombia. Contacto: scamaargob@hotmail.com Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-2269-149X>.

aun existiendo incumplimiento de la entidad pública. La jurisprudencia ha aceptado su procedencia, pero bajo presupuestos de procedencia distintos a los que se exigen en derecho privado: *v.gr.*, el incumplimiento de la Administración debe generar una “razonable imposibilidad de cumplimiento para el contratista”. Ello permite evidenciar una diferencia en el tratamiento de la excepción en el derecho público, la cual no está libre de reparos desde el punto de la *exceptio non adimpleti contractus* como remedio sinalagmático.

PALABRAS CLAVE: excepción de contrato no cumplido, excepción de inejecución contractual, *exceptio non adimpleti contractus*, contrato estatal, interés público, sinalagma.

The Exception of Non-Performance in the State Contracts: A Critique of the Doctrinal and Jurisprudential Limitation on Its Exercise by the Contractor in Colombian Law

ABSTRACT. Although the *exceptio non adimpleti contractus* has been recognized in private law, its application in public law is still questioned by doctrine, which argues that since the satisfaction of the public interest is at stake, the contracting party should not be able to suspend the performance of their obligation, even if there is a breach by the public entity. Jurisprudence has accepted its admissibility, but under conditions of admissibility different from those required in private law: for instance, the breach by the Administration must result in a ‘reasonable impossibility of performance for the contracting party.’ This allows us to highlight a difference in the treatment of the exception in public law, which is not free from criticism from the standpoint of the *exceptio non adimpleti contractus* as a synallagmatic remedy.

KEYWORDS: *exceptio non adimpleti contractus*, exception of non-performance, State contract, public interest, sinalagma.

SUMARIO: Introducción. I. La excepción de contrato no cumplido en el derecho privado (generalidades). II. El interés público no inhibe la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en la contratación estatal como remedio sinalagmático que podrá ejercer el contratista frente al incumplimiento primigenio de la entidad pública. III. Los presupuestos adoptados por la jurisprudencia administrativa para la procedencia de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación pública limitan su ejercicio. IV. De los presupuestos de procedencia de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación estatal se debe reconsiderar la calificación del incumplimiento. Conclusiones. Referencias.

Introducción

En el derecho privado, cuando se presentan anomalías en el cumplimiento de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, las partes pueden acudir a la aplicación de los remedios contractuales, que tienen como finalidad, fundamentalmente, la terminación del vínculo o su suspensión; este es el caso de la *excepción de contrato no cumplido* o *excepción de inejecución contractual*, cuya funcionalidad es suspensiva pero conservativa del vínculo.

Con el fin de determinar la procedencia y aplicabilidad de la figura de la excepción en el ámbito de la contratación estatal, y si las condiciones de su procedencia son diferentes a las del derecho privado, en particular desde la óptica de su ejercicio por parte del contratista, esta investigación hará un breve recorrido sobre ella en el ámbito del derecho privado, su definición, fundamento y función, y pondrá de presente algunos de los inconvenientes en su aplicación en este campo. Una vez expuestas estas consideraciones, se pasará a establecer si en el ámbito de la contratación estatal es procedente aplicar el remedio de la excepción de inejecución contractual y bajo qué supuestos el contratista de la Administración pública podría alegar su aplicación, teniendo en consideración que en este ámbito del derecho se encuentra de por medio la satisfacción del interés público en ella involucrado.

En particular, esta contribución tiene el fin de determinar si es necesario acreditar que el incumplimiento de la entidad necesariamente debe tener la calificación de *gravedad e imposibilidad*, conforme a lo indicado por el Consejo de Estado, tribunal que si bien ha admitido la procedencia de esta figura, la ha sometido al cumplimiento de determinadas condiciones: acreditar que el incumplimiento de la entidad pública debe generar una “razonable imposibilidad de cumplimiento” para el contratista.

En el derecho privado –fuente de la cual emerge esta figura– no se atribuye tal calificación al incumplimiento que da lugar a la aplicación de la excepción, pues basta que se trate de un incumplimiento que tenga el carácter de serio e importante para que la misma se abra paso. A ello se aúna que dicha calificación de gravedad del incumplimiento *es propia del remedio de la resolución del contrato*, razón por la cual, al aplicarse a la contratación estatal, por mandato del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, las normas civiles y comerciales, se desconocería el tratamiento dado a esta figura.

I. La excepción de contrato no cumplido en el derecho privado (generalidades)

La excepción de contrato no cumplido¹ se ha entendido como una prerrogativa, facultad² o derecho de la parte contractual correspondiente, de *suspender* legítimamente y de manera *temporal* las prestaciones a su cargo, con el fin de evitar que se le exija el cumplimiento, en caso de un incumplimiento primigenio de la contraparte y cuando esta se muestra renuente a la satisfacción de las prestaciones correlativas³.

Se le conoce también como un mecanismo de defensa contractual⁴, o de defensa privada⁵, o de remedio defensivo⁶, por el cual cada parte puede diferir legítimamente

-
- 1 Sobre la excepción de contrato no cumplido, véanse Chinchilla Imbett, C. A., *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017; De la Maza-Gazmuri, Í. A. y Vidal-Olivares, A., “La excepción de contrato no cumplido. Algunas cuestiones relativas a su supuesto de hecho y consecuencias jurídicas” [en línea], *Vniversitas*, n.º 139, 2019, disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/27244/23892>; Cruz Moreno, M., *La exceptio non adimpleti contractus*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; Mejías Alonzo, C., “La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n.º 1, 2014, 111-156; Moreno Cruz, P., “Los límites a la *exceptio inadimpleti contractus*: la ‘buena’, la ‘mala’ y la ‘fea’ excepción de contrato no cumplido”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2013; Rodríguez Grez, P., “Sobre la excepción de contrato no cumplido”, *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, n.º 9, 2004, 121-130; Mejías Alonzo, C., “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, n.º 2, 2013, 389-412.
 - 2 Chinchilla Imbett, C. A., “La excepción de incumplimiento contractual”, cit., 19: “De tales ‘remedios’ llama la atención la excepción de incumplimiento contractual –denominada desde el derecho medieval *exceptio non adimpleti contractus*–, con la cual uno de los contratantes defiende por sí mismo sus propios intereses, mediante la facultad o la potestad de abstenerse legítimamente de cumplir la prestación a la cual está obligado, mientras que su contraparte no cumpla o no ofrezca contemporáneamente el cumplimiento de la contraprestación”.
 - 3 De la Maza-Gazmuri, Í. A. y Vidal-Olivares, A., “La excepción de contrato no cumplido”, cit., 8: “Una primera cuestión que es preciso clarificar es que la excepción da al *excipiens* la facultad para suspender el cumplimiento de su obligación, mientras que la contraparte, es decir, el demandante, no ha hecho lo propio o lo ha hecho imperfectamente. La suspensión, entonces, se traduce en una neutralización de la exigibilidad de la obligación de quien se defiende con la excepción de contrato no cumplido, asemejándose en cuanto al efecto con el caso fortuito. Podemos definir a la *exceptio non adimpleti contractus* como el medio de defensa del deudor, que opone a su acreedor la alegación de que él también ha incumplido el contrato, cuando en el mismo se prevén obligaciones recíprocas”.
 - 4 Mejías Alonzo, C., “La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación”, cit., 112: “Conforme a lo anterior creemos, como suele afirmarlo la mayoría de la doctrina, que la excepción de contrato no cumplido es un mecanismo de defensa del deudor, una excepción de derecho sustantivo; descartamos que se trate de un requisito de la acción de cumplimiento”.
 - 5 *Ibid.*, 112: “La excepción de contrato no cumplido es un mecanismo de defensa del deudor que encuentra su fundamento en el principio de ejecución simultánea de las obligaciones que emanan de un contrato bilateral, que le permite, no obstante haber incumplido con su obligación, suspender el cumplimiento mientras el acreedor no cumpla o se allane a hacerlo”.
 - 6 Cruz Moreno, M., *La exceptio non adimpleti contractus*, cit., 11: “La *exceptio non adimpleti contractus* es un remedio defensivo que se concede al deudor de una obligación recíproca para

el cumplimiento de sus propias obligaciones, hasta tanto la otra no cumpla u ofrezca cumplir simultáneamente las suyas⁷, con la finalidad de paralizar las pretensiones de su contraparte tendientes al cumplimiento de las prestaciones, a pesar de que esta no ha realizado las suyas, y de mantener o restablecer el equilibrio de las prestaciones, las cuales se tienen como equivalentes⁸.

Para que sea válida la oposición de la excepción es necesario que el incumplimiento de la obligación de la contraparte sea la causa⁹ necesaria del incumplimiento de quien opone la excepción; es decir, debe existir un *nexo de causalidad* entre el *incumplimiento legitimante* o *legitimador*, que corresponde al incumplimiento del acreedor de quien opone la excepción, y el *incumplimiento legitimado*, que es el incumplimiento de la parte que opone la excepción¹⁰; de lo contrario, no podría hablarse de la aplicación de la excepción de manera legítima¹¹.

que pueda negarse legítimamente a la ejecución de la prestación por él debida, en tanto no se cumpla u ofrezca cumplir la contraprestación que se le debe. Esta medida deriva del principio de cumplimiento simultáneo que rige como regla para este tipo de obligaciones”.

- 7 Moreno Cruz, P., “Los límites a la *exceptio inadimpleti contractus*”, cit., 136: “a nuestro parecer la excepción de contrato no cumplido puede configurarse como una inmunidad, es decir, como una situación de no sujeción al poder de otro sujeto, quien, a su vez, es incompetente, en términos hohfeldianos, para modificar la situación jurídica de su deudor: no puede, en efecto, imponerle el cumplimiento de su prestación. El deudor (-acreedor), a su vez, pudiendo hacer valer esta excepción prevista por el ordenamiento, resultará inmune al reclamo del acreedor (-deudor), en cuanto este último no tendrá el poder de exigirle el cumplimiento, al menos hasta que no proceda a cumplir con la propia obligación a su cargo”.
- 8 Bozzo Hauri, S., *La excepción de contrato no cumplido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 86: “Ahora bien, los remedios sinalagmáticos tienen como objetivo mantener el equilibrio contractual entre las partes, y cada uno cumple esta función según el momento en que este remedio se ponga en ejercicio. En este sentido, la *exceptio non adimpleti contractus* es aquel remedio que permite salvaguardar la vida del contrato sin que éste llegue aún a romperse por el incumplimiento definitivo de alguna de las partes. Las partes aún tienen tiempo de poder hacer valer el cumplimiento o todavía resulta de interés seguir adelante con la ejecución de las prestaciones”.
- 9 Rodríguez Grez, P., “Sobre la excepción de contrato no cumplido”, cit., 121: “En los contratos sinalagmáticos ambas partes contraen obligaciones recíprocas, de suerte que cada obligación es la causa de la otra, tomando en consideración la doctrina de la llamada ‘causa final’ (según la cual todos los contratos de la misma naturaleza tienen idéntica causa jurídica. [...] La causa es un elemento de existencia del acto jurídico y, por lo tanto, debe éste concurrir al momento de gestación del mismo, siendo jurídicamente indiferente la suerte que corra con posterioridad una vez que el contrato se incorporó al sistema normativo. En consecuencia, la obligación que va a contraer una de las partes es causal de la obligación que va a contraer la otra, lo que sucede de manera simultánea al perfeccionarse el consentimiento”.
- 10 Moreno Cruz, P., “Los límites a la *exceptio inadimpleti contractus*”, cit., 135: “Se habla, a este respecto, de incumplimiento legitimador, es decir, de un incumplimiento del acreedor que legitima el incumplimiento temporáneo del otro contratante”.
- 11 De la Maza-Gazmuri, Í. A. y Vidal-Olivares, A., “La excepción de contrato no cumplido”, cit., 4: “no procede la excepción cuando el incumplimiento de quien la opone como defensa se funda en términos causales; vale decir, que dicho incumplimiento se haya producido por uno suyo que le preceda, dejando de ejecutar lo convenido”.

Esta figura encuentra su fundamento tanto en el principio de buena fe como en la equidad¹². La buena fe en relación con el carácter sinalagmático¹³ de los contratos, y la equidad, que orienta la actividad contractual, frente a la protección y el mantenimiento de su equilibrio. En relación con la buena fe¹⁴, dado su carácter normativo –que permite introducir al contenido contractual obligaciones y deberes de conducta para las partes, como los de obrar con lealtad, rectitud y en consideración de los intereses del otro¹⁵–, ella no admite que en un contrato sinalagmático¹⁶ –aquel en el que las prestaciones de las partes se miran como equivalentes o correspectivas¹⁷–, siendo la obligación asumida por una de las partes *la causa* de la obligación asumida por la otra, la primera pueda actuar en

-
- 12 Cruz Moreno, M., *La exceptio non adimpleti contractus*, cit., 32: “Las ideas de equidad y buena fe a las que indudablemente obedece la excepción de contrato no cumplido, caracterizadas por su amplitud y vaguedad, se hacen no obstante más concretas y logran tomar cuerpo y materializarse en este caso en el principio del mantenimiento del equilibrio contractual”.
- 13 Mejías Alonzo, C., “La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación”, cit., 112: “La excepción de contrato no cumplido es un mecanismo de defensa del deudor que encuentra su fundamento en el principio de ejecución simultánea de las obligaciones que emanan de un contrato bilateral, que le permite, no obstante haber incumplido con su obligación, suspender el cumplimiento mientras el acreedor no cumpla o se allane a hacerlo. Conforme a lo anterior, creemos, como suele afirmarlo la mayoría de la doctrina, que la excepción de contrato no cumplido es un mecanismo de defensa del deudor, una excepción al derecho sustantivo; descartamos que se trate de un requisito de la acción de cumplimiento”.
- 14 Rodríguez Grez, P., “Sobre la excepción de contrato no cumplido”, cit., 123, en relación con la aplicación del principio de buena fe a la excepción de contrato no cumplido, indica: “De aquí nace la llamada ‘excepción del contrato no cumplido’, fundada en tres pilares esenciales: la buena fe contractual, la igualdad jurídica y la continuidad de las convenciones. El primero (la buena fe contractual, cuya manifestación más elocuente se halla en el artículo 1546 del Código Civil) repugna toda posibilidad de que uno de los contratantes sea compelido a cumplir lo convenido mientras el otro se mantenga renuente a hacerlo”.
- 15 Neme Villarreal, M. L., “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 17, 2009, 49-50, indica que la buena fe objetiva es el “principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo”, el del *bonus vir*, que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección propias de dicho modelo. De manera que este tipo de buena fe se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan permanentemente de su profuso carácter normativo”.
- 16 Rodríguez Grez, P., “Sobre la excepción de contrato no cumplido”, cit., 128: “Como puede observarse, lo esencial es mantener el equilibrio y reciprocidad entre ambas obligaciones, todo lo cual resulta en armonía con la buena fe contractual, la igualdad ante la ley y la equidad natural”.
- 17 Ramella, A. E., *La resolución por incumplimiento. Pacto comisorio y mora en los derechos civil y comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2.ª reimp., 1979, 24-25: “Como la resolución que autoriza el pacto comisorio, la excepción de incumplimiento contractual o *exceptio non adimpleti contractus* encuentra su fundamento en la interdependencia funcional de las prestaciones, o sea en el nexo de interdependencia que deben guardar las prestaciones correlativas en la fase de la ejecución del contrato”.

perjuicio de la segunda exigiéndole el cumplimiento de los compromisos, cuando ella misma se encuentra en incumplimiento de los propios¹⁸.

Por su parte, la equidad como fundamento de la excepción de incumplimiento se da en el entendido de que no es justo o equitativo que uno de los extremos de la relación negocial se encuentre compelido al cumplimiento de sus prestaciones mientras su par, por el contrario, no cumple con las suyas, lo cual, a todas luces, rompe con el equilibrio que debe existir entre las prestaciones de los contratos con obligaciones interdependientes¹⁹; también porque “[e]l mantenimiento de las obligaciones en cabeza del acreedor que ha resultado afectado por el incumplimiento del otro contratante significaría la imposición de una situación de injusticia contractual, además de que el contratante incumplido quedaría beneficiado por un enriquecimiento torticero, que daría al traste con la reciprocidad de las obligaciones contraídas”²⁰.

En cuanto a la función de la excepción, se ha indicado que es dilatoria o suspensiva, de garantía e incluso de presión al cumplimiento del contrato. Es suspensiva del vínculo, porque a través de ella se busca “suspender provisionalmente la ejecución de la prestación, hasta tanto no se cumpla y ofrezca cumplir la contraprestación”²¹, y no pretende extinguir o terminar el vínculo contractual²², porque, a pesar de las dificultades o incumplimientos presentados, las partes siguen vinculadas al contrato y persiste en ellas el interés en continuar con su ejecución, de conservar el vínculo²³.

-
- 18 Mejías Alonzo, C., “La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación”, cit., 391: “la jurisprudencia fue paulatinamente tipificando funciones concretas de la *bona fides*, destacando, entre las más importantes que ‘sería contrario a la buena fe que una parte acreedora y al mismo tiempo deudora de la otra pretendiera el cobro íntegro de lo que le es debido sin estar dispuesta ella misma al pago íntegro de lo que debe’; en consecuencia, se permite al juez operar una compensación de deudas que conduce a una condena por la diferencia”.
- 19 Mejías Alonzo, C., “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno”, cit., 398: “Sí nos parece importante destacar que es Cujas quien precisa que el que actúa debe ejecutar su prestación primero, de lo contrario la equidad se vería vulnerada si una de las partes pudiera obtener las ventajas prometidas sin realizar el sacrificio correspondiente, consentido por ella”.
- 20 García Vásquez, D., *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor: dos remedios complementarios y autónomos contra el incumplimiento*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 65.
- 21 Cruz Moreno, M., *La exceptio non adimpleti contractus*, cit., 39.
- 22 Rodríguez Grez, P., “Sobre la excepción de contrato no cumplido”, cit., 129: “Nadie podría, entonces, postular que la *exceptio non adimpleti contractus* es un modo de extinguir obligaciones, pero sí un medio de suspensión de la exigibilidad de obligaciones recíprocas nacidas de un contrato bilateral”.
- 23 Chinchilla Imbett, C. A., “Las excepciones dilatorias en la reforma del código civil francés: excepción de contrato no cumplido y excepción de incumplimiento previsible”, en Riaño Saad, A. y Fortich, S. (eds.), *La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, 253; indica allí el autor, refiriéndose a la función de la excepción de contrato no cumplido y la excepción de incumplimiento previsible, que “ambas excepciones

Es *dilatatoria o temporal* pero *conservativa* del contrato, porque una vez la contraparte haya cumplido aquello a lo que se comprometió, o se haya allanado a su cumplimiento, la excepción pierde eficacia y el deudor deberá satisfacer los compromisos adquiridos; y en caso de no hacerlo, podrá ser constreñido, por cuanto la causa que legitimaba su actuar desapareció²⁴. En cuanto a la *función de garantía*²⁵ del mantenimiento del equilibrio del contrato, se ha sostenido que oponer la excepción que faculta para no cumplir la propia prestación evita que se genere un desequilibrio, una carga excesiva que va en perjuicio de una de las partes y en beneficio de otra, sin que exista una justa causa jurídica, que rompe de esta manera la sinalagmaticidad del contrato. En relación con la *función de apremio*, esta se cumple en la medida en que el acreedor de la prestación no podrá obtener el beneficio que se espera de la celebración y ejecución del contrato hasta que cumpla con la prestación a la que se comprometió o se allane a su respectivo cumplimiento²⁶.

Ahora bien, frente a los problemas que puede presentar la excepción de contrato no cumplido como remedio contractual en el derecho privado, se han advertido algunas situaciones que pueden afectar su aplicación²⁷; sin embargo, aquí se señalará sólo lo relacionado con el incumplimiento recíproco, el cual atañe a la función de la excepción.

Se considera que el incumplimiento recíproco de las partes contratantes es un problema que afecta la función de la excepción debido a que el contrato se

tienen una identidad de función en cuanto buscan la conservación del contrato y el puntual cumplimiento del sinalagma, de forma que se evite la ejecución de una prestación que no tenga su prestación correlativa”.

- 24 Mejías Alonzo, C., “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno”, cit., p. 403: “Es precisamente por lo anterior que se ha considerado que la excepción de contrato no cumplido paraliza la pretensión de cumplimiento y suspende, por ende, la exigibilidad de la prestación correlativa, ya que no se puede exigir el cumplimiento de la obligación mientras no se cumpla con la obligación correlativa, o al menos, se esté dispuesto a hacerlo [...]. De esta forma, la eficacia de la excepción es solo temporal, queda supeditada hasta que [sic] la otra parte cumpla con su obligación o se allane a hacerlo”. En igual sentido, Bozzo Hauri, S., *La excepción de contrato no cumplido*, cit., 80: “la *exceptio* como medio de defensa sólo impide que se condene al demandado al cumplimiento, bajo el fundamento de que se debe cumplir las prestaciones de forma coetánea. Como defensa que es, no lleva implícita esta excepción una solicitud de cumplimiento del demandante”.
- 25 Cruz Moreno, M., *La exceptio non adimpleti contractus*, cit., 38, en relación con la función que cumple la excepción de incumplimiento contractual, indica que la excepción, por un lado, cumple una función de garantía del mantenimiento del equilibrio contractual, y por el otro, sirve de medida indirecta de presión al cumplimiento.
- 26 García Vásquez, D., *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor*, cit., 145: “La excepción de incumplimiento puede considerarse como un mecanismo no forzoso para incentivar el cumplimiento de las obligaciones, en la medida en que su invocación debe, en un estado ideal y perfecto de las cosas, disuadir la ejecución de aquel contratante que, debiendo cumplir primero, se abstuvo de hacerlo, pues deberá entender que, si persiste en su incumplimiento, no verá satisfechas las acreencias a las que tiene derecho”.
- 27 Sobre la distinción de los problemas que genera la aplicación de la excepción, véase Chinchilla Imbett, C. A., *La excepción de incumplimiento contractual*, cit.

ve paralizado por la invocación que puede hacer cada una de ellas, esgrimiendo el incumplimiento de la otra; de esta manera se imposibilita la exigibilidad del cumplimiento de ambas partes, lo que rompe con la función propia de esta figura, pues ya no existe interés de ninguna de las partes en continuar con el pacto y, por lo tanto, no les interesa ni cumplir ni ofrecer el cumplimiento de sus compromisos, dejando el contrato suspendido indefinidamente, con la consecuencia de que las partes siguen vinculadas en una relación negocial ya no querida²⁸.

Frente a este problema se han propuesto varias soluciones, entre las que se encuentran: legitimar a ambas partes incumplidoras para solicitar la resolución del contrato por vía de excepción y no de acción²⁹, entender que se ha producido el mutuo disenso tácito y, por último, el recurso a la prescripción, cuando no es procedente ni la resolución ni la excepción.

La primera tesis, que cuenta con sus detractores³⁰, sostiene que, ante la parálisis definitiva del contrato ocasionada por el incumplimiento recíproco de las partes, se puede solicitar la resolución del contrato, esto soportado principalmente en que si alguna o ambas partes demandan es porque no quieren continuar con el contrato, y por lo tanto no resulta jurídicamente válido seguir manteniendo el vínculo³¹; sin embargo, advierten que en aplicación de este remedio ninguna de ellas tiene la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios³².

28 *Ibid.*, 24: considera el autor que el incumplimiento recíproco paraliza la ejecución del contrato a causa de que ninguno de los contratantes puede solicitar la resolución del contrato porque ninguno ha cumplido y ambos solicitan la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* “sin la intención de estimular la actuación del programa contractual, sino con la de darlo por terminado”.

29 Esta solución ha sido denominada por Chinchilla Imbett (*ibid.*) como la excepción sustancial de resolución, según la cual, si alegada la excepción de incumplimiento contractual esta cambia de naturaleza y sin necesidad de contrademandar, sino en la contestación de la demanda, se excepciona que ninguna de las partes cumple y en consecuencia se solicita la resolución del contrato, es de tener en cuenta que la resolución se propone es por vía de excepción y no por vía de acción.

30 Los que defienden la tesis de que no es procedente que alguna de las partes pueda solicitar la resolución del contrato se basan en que uno de los supuestos que autoriza acudir a dicha figura es que exista una parte cumplidora, una parte fiel a la relación negocial, y es a ella a quien la ley faculta para demandar la resolución del contrato y solicitar la indemnización de perjuicios; y en el caso del incumplimiento recíproco de las partes no se configura ese requisito que autoriza a demandar la resolución; véanse Capriles Biermann, B., “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XXXIX, 2012, 86; Rodríguez Grez, P., “Sobre la excepción de contrato no cumplido”, cit., 124.

31 Capriles Biermann, B. “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido”, cit., 87, en relación con la procedencia de aplicar el remedio de la resolución del contrato, indica: “Sin embargo, es también lícito razonar que, si ambas partes incumplieron, cualquiera de ellos puede demandar la resolución y ambos estarán legitimados [*sic*] pasivamente para litigar, esto por aplicación directa del artículo 1489 CCCh., en lugar de recurrir a una laguna legal”.

32 *Ibid.*, 88: comenta el autor que, en caso de incumplimiento recíproco, las partes podrán demandar la resolución del contrato; sin embargo, no podrán solicitar la indemnización de perjuicios

Sobre el particular se ha indicado que, teniendo en cuenta que la finalidad de la excepción no es ponerle fin a la relación contractual, y que sus efectos no son extintivos sino suspensivos, en aquellos casos en los que las partes no desean continuar con la ejecución del contrato lo procedente es legitimar a las dos partes incumplidoras para que demanden la resolución, remedio sinalagmático que sí tiene por finalidad extinguir el vínculo contractual³³, superando de esta manera la tesis según la cual solo la parte cumplidora puede alegar la resolución, normativamente hablando³⁴.

La segunda vía con que cuentan las partes para finiquitar la relación negocial por incumplimiento recíproco de sus obligaciones es el mutuo disenso tácito, que se encuentra regulado en el artículo 1625 c. c. y que señala que “[t]oda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”.

Es decir que las partes, haciendo uso de su autonomía de la voluntad y de su consentimiento de manera concertada, pueden resolver el contrato, siempre que se haga dentro de los límites que impone la buena fe³⁵, generando que se deslinden

con fundamento en que “[e]l análisis del incumplimiento recíproco ha estado concentrado [...] en la acción resolutoria, desatendiendo las especificidades que presenta en cuanto a la acción indemnizatoria. [...] En consecuencia, si ninguna de las partes ha cumplido o está llana a hacerlo, requisito que por definición se satisface tratándose de los incumplimientos recíprocos, entonces ninguno de los contratantes está en mora ni puede ser condenado a indemnizar”. Véase también Korn Agusti, A., “La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido en el marco de los incumplimientos recíprocos”, *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, n.º 40, 2019, 524-525: “Por otro lado, ante incumplimientos recíprocos, efectivamente procedería la acción resolutoria. [...] [E]n el segundo caso –ante un verdadero incumplimiento recíproco– el juez deberá resolver el contrato, lo que parece ajustado ante el palmario mutuo disenso de las partes”.

- 33 Capriles Biermann, B., “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido”, cit., 61: “La excepción de contrato no cumplido puede suspender indefinidamente (hasta que el cocontratante cumpla o se allane a cumplir), mas no extinguir, la relación contractual. La muerte del contrato se producirá por efecto de otros institutos, tales como la resolución o la prescripción, pero jamás por el solo mérito de la excepción de contrato no cumplido”.
- 34 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de julio de 2019, SC1662-2019. En relación con la línea que tradicionalmente había decantado la Corte, consistente en que ante el incumplimiento bilateral del contrato ninguna de las partes podría solicitar la resolución del mismo, por cuanto ninguna habría dado cumplimiento cabal a lo pactado, generando como consecuencia que las mismas permanecieran atadas a dicho vínculo sin ninguna intención de dar cumplimiento a lo que se comprometieron, en esta sentencia cambia dicha línea o posición, indicado que ante un incumplimiento recíproco del contrato es posible solicitar la resolución del mismo a fin de liberarse del vínculo.
- 35 Chinchilla Imbert, C. A., “‘*Contrarius consensus*’: terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, 2015, 80-82: “El análisis de la tradición civil enseña que el contrato genera un vínculo entre las partes, que debe ser respetado por ellas tal como lo ordena el principio general de buena fe, lo que significa, en principio, que ni podrán evitarse los efectos propios del tipo contractual, ni terminarse con el vínculo que los sujeta o modificarse el contenido contractual unilateralmente. No obstante, dicho vínculo no es indisoluble ni está creado para existir ilimitadamente, pues las partes bien pueden resolverlo de la misma forma como lo han creado, esto es, mediante su consentimiento. En este sentido, la posibilidad de disolver el vínculo por medio de

del vínculo contractual e impidiendo que el contrato produzca los efectos que naturalmente estaba llamado a producir³⁶.

La última solución propuesta es la prescripción, la cual se encuentra consagrada de manera general como un modo de extinguir las obligaciones en el artículo 1625 c. c. y en el artículo 2512 del mismo cuerpo normativo, que señala que “es un modo de [...] extinguir las acciones o derechos ajenos [...]”.

En relación con la prescripción extintiva, el artículo 2535 c. c. señala que para que esta opere solo es necesario dejar que el paso del tiempo extinga las obligaciones que se adquirieron³⁷ y que no se ejercieron de manera oportuna; es un castigo a la inactividad o desidia del deudor³⁸, por cuanto las obligaciones no pueden subsistir indefinidamente en el tiempo, no son perpetuas, razón por la cual se debe recurrir al juez para que declare la prescripción extintiva, con el objeto de que operen los efectos liberatorios del vínculo; y mientras esto no ocurra, la consecuencia es que las partes siguen atadas al vínculo contractual no querido.

II. El interés público no inhibe la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en la contratación estatal como remedio sinalagmático que podrá ejercer el contratista frente al incumplimiento primigenio de la entidad pública

En la contratación pública, al igual que en la privada, puede haber lugar a incumplimientos en la ejecución del contrato, los cuales pueden provenir tanto

.....

un posterior acuerdo de los contratantes no contradice el *pacta sunt servanda*, por el contrario, es una expresión de la autonomía contractual, siempre y cuando se ejerza bajo los parámetros que la buena fe ordena”. Y véase Chinchilla Imbert, C. A. *Los límites a la autonomía privada en el mutuo disenso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, 249-250: “La posibilidad dada a las partes para extinguir la relación precedentemente creada por ellas ha sido llamada por nuestra tradición civil como mutuo disenso o terminación del contrato por mutuo acuerdo, la cual es reconocida por los códigos en virtud de la fuerza que tiene la autonomía privada para extinguir relaciones obligatorias, pero no es disciplinada, lo que deja al intérprete el trabajo de delinear sus caracteres funcionales y esenciales”.

36 *Ibid.*, 253: “La regla general es que al terminar el contrato por mutuo acuerdo las partes se liberan del vínculo contractual y se impiden los efectos que el negocio jurídico estaba llamado a producir”.

37 Fonseca Jaramillo, C., “La prescripción extintiva y la caducidad”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 31, 2004, 185: “La prescripción obedece a un mandato legal que impone un término estricto contra el cual no es válida la estipulación de las partes, por ser una institución de orden público que protege al acreedor brindándole un tiempo cierto para la instauración de las acciones tendientes a exigir su crédito; y al deudor, en tanto que el acreedor pueda demandarlo únicamente por un periodo de tiempo definido; de ahí que las partes no puedan extender ni acortar el término”.

38 *Ibid.*, 186-187: “la prescripción extintiva es un medio de extinción de las obligaciones civiles, que con dicha extinción imposibilita al acreedor ejercer las acciones necesarias para el reconocimiento de su derecho, haciéndolo inexigible [...] por causa del paso del tiempo y la inacción por parte suya. Sin embargo, dicha liberación por parte del deudor no ocurre de manera *ipso iure* sino que es necesario excepcionarla ante el juez [...] para que pueda ser declarada”.

del contratista como de la entidad contratante. Cuando son generados por causa del contratista, la entidad cuenta con facultades o poderes excepcionales que le permiten conminar a este al cumplimiento, so pena de la imposición de sanciones pecuniarias y administrativas e incluso de abstención en el pago.

Sin embargo, ¿qué ocurre cuando el incumplimiento proviene del actuar de la entidad pública, con qué mecanismos legales cuenta el contratista para que durante la ejecución del contrato la Administración cumpla con lo pactado y para oponerse a las pretensiones de la entidad pública relativas a las obligaciones a cargo de él?

Consideramos que la figura procedente es la excepción de contrato no cumplido, a pesar de que en materia de contratación estatal no ha tenido los mismos efectos y alcances con que opera en el derecho privado con el argumento de que por estar de por medio la satisfacción del interés público o general se puede limitar e incluso impedir su ejercicio frente a cualquier tipo de incumplimiento por parte de la Administración pública.

Aunque la jurisdicción contencioso administrativa ha reconocido la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, proveniente del ordenamiento jurídico privado, en la contratación estatal, en cuanto manifestación de los principios de buena fe y equidad³⁹ que deben imperar en las relaciones sinalagmáticas, en virtud del mandato establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, sin embargo, ha señalado que dicha figura en este campo presenta algunas limitaciones, en atención a que, estando de por medio la satisfacción del interés público, no se le puede dar el mismo tratamiento y alcance que en el derecho privado⁴⁰. Es así como se ha indicado por dicha jurisdicción que en la contratación estatal, con el fin de proteger el interés público inherente a ella, los colaboradores de la Administración, en principio, deben cumplir los compromisos adquiridos y afrontar todas las adversidades y consecuencias que surjan durante la ejecución del contrato, aun cuando con ellas se vea afectado su propio patrimonio, y que

39 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2001, rad. 05001-23-26-000-1988-4489-01(13415): “La *exceptio non adimpleti contractus*, además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art. 1609 del C.C.), es una regla de equidad que orienta los contratos fuente de obligaciones correlativas, aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del art. 13 de la ley 80 de 1993. [...] Luego de una importante división jurisprudencial y doctrinal en torno a la aplicación de esa excepción, de origen iusprivatista, respecto de los contratos estatales, la jurisprudencia de esta Corporación la acogió en desarrollo de los principios de equidad y buena fe que la sustentan, mediante un tratamiento más riguroso frente a su aplicación, en consideración a la prevalencia del interés público que orienta la contratación estatal”.

40 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1.º de marzo de 2001, rad. 11480: “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”.

no cualquier incumplimiento de parte de la entidad pública da la posibilidad de invocar la excepción de contrato no cumplido⁴¹.

Por lo anterior, consideramos oportuno estudiar si efectivamente el interés público inmerso en la contratación estatal limita la procedencia de esta figura en dicho campo, para lo cual es necesario tratar de establecer qué se entiende por interés público o general, con el fin de determinar si es un principio absoluto cuya supremacía es incuestionable en todos los casos.

Ha dicho la doctrina que el interés público hace parte de aquellos conceptos jurídicos indeterminados⁴² y polisémicos⁴³. Lo primero, por cuanto no es fácil darle una definición precisa y concreta; lo segundo, porque tendrá un significado y alcance diferente dependiendo del ámbito en el que se utilice: jurídico, social, político, filosófico, etc.⁴⁴. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico se ha tratado de hacer algún acercamiento a su definición; es así como se ha dicho que el interés público es todo aquello que beneficia a la comunidad o la colectividad y cuya protección o tutela radica en cabeza del Estado a través de la autoridad pública⁴⁵. En efecto, en nuestro ordenamiento se ha indicado que el interés público

-
- 41 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 1991, rad. 4739. “la Sala se inclina por la tesis de quienes predicen 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 del 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”.
- 42 Pulgarín Arias, A. F. y Bustamante García, H. C., “El interés público y su atomización. Bases para fundamentar una tesis en materia de regulación en contabilidad y control”, *Cont. Udea*, Universidad de Antioquia, n.º 74, 2019, 179: “el interés público es reconocido como un concepto jurídico indeterminado; al respecto, López (2010) refiere que ‘se trata de un concepto jurídico indeterminado que lleva consigo comúnmente los riesgos de la confusión y de la manipulación. Las indudables dificultades que comporta su determinación conducen frecuentemente a que sea calificado (o descalificado) como un concepto ideológico’”. Frente a la calificación que se ha dado al concepto de interés público como indeterminado o abstracto, véanse Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-860 de 2006; Parejo Alfonso, L., *Manual de derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 1992, 240-242.
- 43 Pulgarín Arias, A. F. y Bustamante García, H. C., “El interés público y su atomización”, cit., 173: “Interés público es un término polisémico dado que en la literatura especializada suele asumir distintos sentidos y alcances, haciéndose difuso y generando una gran confusión a la hora de buscar su aplicación en un determinado ámbito de la vida social”.
- 44 *Ibid.*, 173: “Dicho concepto ha sido objeto de aproximaciones desde varios campos del saber, entre los cuales pueden contarse el derecho, la política, la filosofía política, la economía, la sociología y, también, la contabilidad”.
- 45 Marín García, A., “Interés público” [en línea], disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/interes-publico.html> [consultado el 30 de marzo de 2025]: “El interés público puede definirse como aquello que persigue una determinada comunidad, pensando en su propio beneficio. Suele ir acompañado de la acción estatal”. En este mismo sentido, Parejo Alfonso.

tiene consagración constitucional en el artículo 209^[46], el cual señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales⁴⁷, es decir, que debe observar y servir a intereses de la comunidad en general.

Por su parte, la Corte Constitucional ha indicado que el interés general es una “cláusula indeterminada cuyo contenido ha de hacerse explícito en cada caso concreto”⁴⁸, razón por la que no se puede aplicar de manera general a todos los supuestos de hecho sin previamente revisar las particularidades de cada asunto sometido a debate, como lo es la protección de derechos constitucionales⁴⁹.

Igualmente, en doctrina se ha indicado que el interés público está representado por todo aquello que importa a la comunidad o a la sociedad, entendido esto como el conjunto de intereses individuales que comparte un grupo mayoritario⁵⁰, a través del cual se busca aquel bienestar que debe ser garantizado y protegido por el Estado por medio de sus diferentes poderes públicos⁵¹.

L., *Manual de derecho administrativo*, cit., 711: “La noción de interés general se refiere a los bienes jurídicos imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos, es decir, a las organizaciones estatales, en cuanto gestores cabalmente de los intereses del común o no pertenecientes a la esfera propia de los sujetos privados”.

- 46 Art. 209 de la Constitución Política: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones [...]”.
- 47 Matallana Camacho, E., *La licitación pública. Aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, 185: “El interés público o interés general como concepto jurídico que persigue el cumplimiento de los fines estatales es de rango constitucional y está en el artículo 209 constitucional que desarrollo la función administrativa y sostiene que la misma está al servicio de los intereses generales con fundamento en los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad”.
- 48 Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-053 de 2001.
- 49 Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-428 de 1992: “Ante todo es necesario aclarar que el concepto de interés general, como todas las normas constitucionales que consagran valores generales y abstractos, no siempre puede ser aplicado de manera directa a los hechos. La Constitución establece la prevalencia del interés general en su artículo primero, pero también establece la protección de numerosos valores relacionados con intereses particulares, como es el caso de los derechos de la mujer, del niño, de los débiles, etc.”.
- 50 Escola, H. J., *El interés público*, Buenos Aires, Depalma, 1989, 249-250: “El interés público [...] es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”.
- 51 Pulgarín Arias, A. F., y Bustamante García, H. C., “El interés público y su atomización”, cit., 180: “Puede decirse entonces que el interés público se fundamenta en lo colectivo, en lo que la mayoría considera adecuado para el bienestar o [...] para la supervivencia, ya que cuando la vida en comunidad se basa en el individualismo, es más complicado el logro de objetivos. Por

Conforme a lo anterior, se ha sostenido tradicionalmente la prevalencia del interés público o general sobre el particular, el cual debe ceder paso al primero por representar los intereses de la colectividad, lo que legitima la supremacía de aquel sobre los intereses de un individuo en particular⁵².

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha indicado que la prevalencia del interés general sobre el particular no es un principio absoluto que opere de manera general e inmediata sobre todos los supuestos de hecho en los que se invoque aquel, y que el mismo no puede servir de base para soportar la violación a los derechos de las personas, por cuanto, como se indicó precedentemente, este debe verificarse en cada situación, y, en caso de comprobarse su existencia real, deberá armonizarse con los intereses de los particulares en juego, principalmente con los derechos fundamentales⁵³.

En este sentido, en aquellas situaciones en las cuales riña el interés público perseguido por el Estado con la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos o incluso de un individuo en particular, es necesario que, conforme a las situaciones expuestas y a los principios y valores constitucionales, se determine cuál de ellos, en el caso concreto, tiene supremacía. Ante esto, algún sector de la doctrina ha indicado que deberá darse prevalencia a los derechos fundamentales, por constituir el fin principal, la esencia de la existencia del Estado⁵⁴.

lo anterior, se resalta el hecho de que el interés público apunta al beneficio de todos y cada uno de los miembros de un determinado territorio”.

- 52 Art. 1.º de la Constitución Política: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.
- 53 Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-053 de 2001: “En cuanto a la cláusula de prevalencia del interés general contenida en el artículo 1.º de la Constitución, esta Corporación ha rechazado su invocación *a priori* como razón de Estado para justificar una conducta irracional, la protección injustificada de un interés oculto o la vulneración de los derechos de las personas. Coherente con dicha posición, ha afirmado que la existencia de un interés general debe verificarse en cada caso concreto. Aun así, a pesar de que efectivamente exista un interés general real que motive una determinada acción del Estado, la máxima según la cual este interés prevalece sobre el particular no es absoluta, ni susceptible de aplicación inmediata. Debe entenderse condicionada a que la invocación de tal interés esté realmente dirigida a la obtención de los objetivos constitucionales y, a la vez, mediatizada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en aras de conciliarla con los intereses particulares, principalmente, con los derechos fundamentales”.
- 54 Santofimio Gamboa, J. O., *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 374: “Esta recepción del derecho privado determina, en nuestra opinión, la razón jurídica de la existencia de un orden positivo de derechos fundamentales en los textos constitucionales y crea desde entonces un sistema vinculatorio y obligatorio para las administraciones de respeto permanente y prevalente de los derechos de los ciudadanos frente al ejercicio de las funciones administrativas. Al igual de lo explicado a propósito del interés general, cuando entren en conflicto los intereses del Estado con los derechos fundamentales de los ciudadanos deberán prevalecer estos últimos en la medida que su preservación constituye la finalidad primordial del ejercicio del poder público. Es más, resultaría absurdo pensar en la

En concordancia con la idea expuesta, respecto a que no en todos los casos prima el interés general sobre el particular, se ha indicado:

Si el interés público y el interés privado tienen la misma entidad ontológica, diferenciándose sólo en su aspecto cuantitativo, si el interés público no es más que una sumatoria de intereses privados coincidentes y mayoritarios, es natural que no haya razón valedera para que el primero destruya y extinga al segundo, aunque puede prevalecer sobre este último, desplazándolo o sustituyéndolo. Este es, sin duda, uno de los rasgos más importantes que ofrece esta consideración de la noción de interés público, y que nunca debe ser olvidado, pues existe una equivocada y peligrosa tendencia a entender que, existiendo un interés público, todos los intereses privados que se le opongan pueden ser impunemente sacrificados, sin que nada obste a este resultado⁵⁵.

Entonces, en nombre de la prevalencia del interés general no se pueden sacrificar *a priori* los derechos fundamentales y constitucionales de los individuos, y no se puede buscar el progreso del interés de todos a costa del perjuicio de una minoría o incluso de una sola persona⁵⁶, lo que conduce a la necesaria ponderación de los intereses comprometidos con el fin de determinar, en el caso concreto, cuál sería la mejor manera de lograr: i) por un lado, el cumplimiento de los fines estatales, garantizando de esta manera la satisfacción del interés general; y ii) por otro, que no se lesionen los intereses particulares, ejercicio que implica un alto grado de justificación en la toma de decisiones para evitar que las mismas sean arbitrarias⁵⁷;

.....

posibilidad de que el Estado tuviese unos intereses diferentes a los propios de los asociados, que son los intereses protegidos por los derechos fundamentales”.

- 55 Matallana Camacho, E., *La licitación pública*, cit., 251. En igual sentido, Escola, H. J., “El interés público”, cit., 244: “Si el interés público y el interés privado tienen la misma identidad sustancial, si son cualitativamente semejantes, distinguiéndose sólo cuantitativamente, de suerte que el primero deba prevalecer o primar sobre el segundo, va de suyo que el interés privado no puede ser sacrificado al interés público, aun cuando pueda ser desplazado o sustituido por éste. El particular, cuyo interés privado se ve desplazado o sustituido por la natural prioridad del interés público, tiene por esa causa el derecho a ser adecuadamente compensado por la pérdida o la merma de sus derechos y de su interés, de manera que su interés privado [...] quede salvaguardado, al ser equitativamente reemplazado por otro valor que tenga su misma envergadura”.
- 56 Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-428 de 1992: “la norma que establece la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio del interés de todos. [...] La protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general, ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado. En caso de conflicto entre el interés general y otro interés protegido constitucionalmente la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto y a la luz de los principios y valores constitucionales”.
- 57 Matallana Camacho, E., *La licitación pública*, cit., 199: “En aquellos casos en los cuales el interés general no está exhaustivamente precisado por la ley, la discrecionalidad administrativa [...] surge como autorización que confiere, ya sea tácita o expresamente, a la Administración para que previa ponderación de todos los hechos e intereses comprometidos en el caso en

de esta manera, el interés general se constituye en una limitante al poder de la Administración, la cual en todas las ocasiones deberá justificar su actuar con el objetivo de legitimarlo.

Ahora bien, en el ámbito de la contratación estatal, el interés público se ve representado en el cumplimiento de los fines o cometidos estatales, los cuales buscan “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de dichos fines”⁵⁸, a lo cual debe contribuir el particular contratista, como colaborador de la Administración pública⁵⁹.

En este sentido, el interés público es la causa, el móvil que conduce a la entidad a celebrar el contrato, reiterándose que el interés público no se presume, sino que debe ser demostrado, justificado y corresponder a una necesidad real que atienda la satisfacción del interés de la colectividad⁶⁰.

Al interior de la contratación pública existen dos tipos de intereses en juego: por un lado, el de la Administración, que corresponde a la satisfacción del interés general, y por el otro, el del particular contratista, que si bien actúa como colaborador del Estado en el cumplimiento de los cometidos encomendados a la Administración, lo hace persiguiendo un interés particular, que debe ser garantizado y protegido por el Estado para mantener el equilibrio de la relación negocial, entendida esta como la correspondencia entre la retribución económica que recibe el contratista por la prestación de los bienes, obras o servicios y la satisfacción del interés público, inmerso en la contratación que efectúa la entidad contratante⁶¹.

concreto, encuentre una solución para el mismo intentando elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público, para lo cual se le confiere libertad al órgano otorgándole un poder discrecional”.

58 Art. 3.º de la Ley 80 de 1993.

59 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080): “El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado”.

60 Matallana Camacho, E. *La licitación pública*, cit., 246: “Volviendo al interés general, se trata de la causa del contrato estatal e influye en todos los actos que realiza la Administración durante la fase de formación del contrato y hasta su perfeccionamiento [...]. Frente al interés general no se justifica por sí mismo, y por ello requiere que las actuaciones administrativas sean motivadas, es decir, necesita ser demostrado en lo concreto; en esos términos, el interés general requiere ser argumentado, todo en desarrollo de la protección de los derechos fundamentales de la persona”.

61 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080): “Es, entonces, la razonable contraprestación económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a los particulares colaboradores a obligarse a suministrar los bienes y servicios objeto del contrato para contribuir con el cumplimiento

En consecuencia, en la contratación estatal no pueden sacrificarse, de manera general, derechos constitucionales del contratista, como la libertad de empresa y la libertad económica, con fundamento en la protección y conservación del interés general, los cuales también deberán conciliarse y armonizarse⁶².

Conforme a lo anterior, se considera que el interés público que se encuentra inmerso en la contratación estatal no inhibe la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, en la medida en que los intereses del particular no pueden ser sacrificados por la Administración bajo el prisma de la protección y prevalencia del interés general, cuando con ellos se cause un perjuicio al contratista al punto de afectar sus derechos fundamentales y constitucionales; por el contrario, se considera que lo que se autoriza es que, en el evento de existir confrontación en la satisfacción de los intereses y derechos en juego, se realice un ejercicio de ponderación y conciliación de los mismos, con el fin de mantener el equilibrio del contrato y evitar el sacrificio de unos por otros, lo cual también encuentra justificación en el principio de buena fe y en la equidad, fundamentos de procedencia de dicha figura en el derecho privado. Lo anterior no obsta para que, en determinados casos, el interés particular deba ceder paso a la satisfacción del interés general, el cual, como ya se ha dicho, debe estar debidamente justificado y demostrado.

III. Los presupuestos adoptados por la jurisprudencia administrativa para la procedencia de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación pública limitan su ejercicio

Ha sido unánime la posición del Consejo de Estado⁶³ en señalar que, por cuanto se encuentra involucrada la protección del interés público –principio rector de la contratación pública⁶⁴–, la aplicación de la figura de la excepción de contrato no

.....
de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual”.

- 62 Matallana Camacho, E., *La licitación pública*, cit., 355. En este sentido, se ha indicado allí mismo que “se debe aclarar que la prevalencia del interés general sobre el particular no puede significar que en todos los casos en que sea ejercida la libertad económica prevalezca el interés general o, en otras palabras, que la subordinación de la iniciativa privada a dicho interés sea *a priori*, sino que debe ser resultado de una verdadera confrontación y valoración entre las dos categorías constitucionales. En conclusión, el interés general y el bien común no se pueden considerar por sí solos como finalidades legítimas para la limitación de la libertad económica o de empresa”.
- 63 Sobre el particular, véanse, entre otras, Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 31 de enero de 1991, rad. 4739; del 15 de marzo de 2001, rad. 05001-23-26-000-1988-4489-01(13415), y del 13 de septiembre de 2001, rad. 52001-23-31-000-1993-5282-01(12722).
- 64 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, rad. 52001-23-31-000-1993-5282-01(12722): “De lo anterior se infiere que la excepción de contrato no cumplido respecto de los contratos estatales desarrolla los principios de equidad y de buena fe que orientan las relaciones jurídicas que de estos se derivan; también se deduce que su aplicación está condicionada al cumplimiento de los siguientes supuestos: a) Que exista un contrato sinalagmático; [...] b) Que el no cumplimiento sea cierto y real de obligaciones a

cumplido es procedente en la contratación estatal siempre y cuando se verifiquen las siguientes condiciones: 1) La existencia de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas; 2) El no cumplimiento *actual* de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; 3) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista; 4) Que quien invoca la excepción no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo.

Frente a la primera condición de procedencia de la excepción, la cual es igual en el derecho privado, es apenas lógico que se debe tratar de un contrato en el que exista interdependencia y equivalencia de las prestaciones, pues las asumidas por una de ellas constituyen la causa de las asumidas por la otra⁶⁵.

En cuanto al segundo supuesto, relacionado con la existencia *actual y real* de un incumplimiento, se busca evitar que se haga empleo de la excepción en el caso de lo que se conoce en doctrina como la excepción de incumplimiento previsible, que consiste en que, frente a una *amenaza de incumplimiento futuro*, se pueda suspender la ejecución del contrato⁶⁶.

El tercer requisito de procedencia de la excepción, desde el punto de vista de nuestro análisis, es el más relevante. Tiene que ver con la *calificación del incumplimiento de la Administración*, el cual debe ser *grave* y de *gran significación*, a tal punto que genere una *razonable imposibilidad de cumplir para el contratista*⁶⁷. Ha sido reiterada la posición de la jurisprudencia contenciosa sobre el particular, en el sentido de que para que proceda la excepción se debe generar una imposibilidad física o jurídica de ejecutar la prestación debida; en los demás eventos, así exista un incumplimiento de los compromisos de la Administración,

cargo de las dos partes contratantes [...]; c) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, determinante y de gran significación; debe traducirse en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista. [...]. d) Que quien invoca la excepción no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo”.

65 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 1991, rad. 4739: “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’”.

66 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 1992, rad. 5857: “A nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido, con base en el supuesto de que la otra parte, posible o eventualmente, le va a incumplir en el futuro, porque esta forma de incumplimiento no podría producir sino un daño futuro meramente hipotético y por ende, no indemnizable”.

67 Véase Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de octubre de 1995, rad. 8790, en donde este presupuesto fue planteado así: “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*”.

si no generan dicha imposibilidad de ejecución, no hay lugar a su procedencia⁶⁸. Sobre este requisito, central en nuestra investigación, volveremos más adelante.

Por último, el cuarto requisito, que implica que quien opone la excepción no haya dado lugar al incumplimiento de manera previa, es expresión del principio según el cual a nadie le es permitido valerse de su propio dolo o culpa, y de esta manera busca evitar que pueda hacer uso de la excepción la parte que ha dado lugar al incumplimiento previo⁶⁹.

Como puede observarse, salvo el tercer requisito, los supuestos que se deben acreditar para que opere esta figura en el ámbito de la contratación pública son los mismos que se deben acreditar para su procedencia en derecho privado, todos enmarcados dentro del principio de buena fe en ambos ámbitos⁷⁰.

De manera que la acreditación del tercer requisito, relacionado con la gravedad del incumplimiento por parte de la Administración, constituye una limitación a la aplicación de la figura, e incluso, hace casi imposible su procedencia en la contratación estatal, como se verá a continuación.

IV. De los presupuestos de procedencia de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación estatal se debe reconsiderar la calificación del incumplimiento

Tanto jurisprudencial⁷¹ como doctrinalmente⁷² es pacífica la admisión de la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación pública, claro está, siempre que se acrediten los presupuestos señalados con

68 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2019, rad. 200012331000-2009-00175-01(45572): “Se ha considerado, así, que el contratista podrá alegar la excepción de contrato no cumplido, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato”.

69 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 1984, rad. 2509: “a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo, no se 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*”.

70 Véase Chinchilla Imbett, C. A., *La excepción de incumplimiento contractual*, cit., 27, en donde indica el autor que los requisitos que se deben acreditar para la procedencia de la excepción en el derecho privado son: “(i) un remedio contractual que se aplica a las relaciones sinalagmáticas; (ii) las prestaciones a cargo de las partes –ambas mutuamente deudoras y acreedoras– deben ejecutarse recíprocamente; (iii) el incumplimiento que se combate es uno de carácter no definitivo; y (iv) quien alega la excepción debe hacerlo conforme a buena fe”.

71 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 15 de marzo de 2001, rad. 05001-23-26-000-1988-4489-01(13415); del 31 de enero de 1991, rad. 4739; del 30 de octubre de 2019, rad. 200012331000-2009-00175-01(45572); del 9 de julio de 2018, rad. 25000-23-26-000-2005-10969-01(42171); del 29 de abril de 2015, rad. 25000-23-26-000-1995-01431-01(21081); del 16 de febrero de 1984, rad. 2509; del 13 de septiembre de 2001, rad. 52001-23-31-000-1993-5282-01(12722).

72 Al respecto, véanse Benavides, J. L., *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004; Matallana Camacho, E., *La licitación pública*, cit.; Expósito Vélez, J. C., *La configuración del contrato de la Administración*

anterioridad, entre los que se encuentra *la calificación que se da al incumplimiento de la Administración*, el cual debe ser “grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones”⁷³. Lo anterior se atribuye a que, por estar de por medio la satisfacción del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, que conllevan de manera intrínseca la necesaria continuidad en la ejecución del contrato⁷⁴, no estaría permitido que, ante cualquier incumplimiento de la entidad, que no tenga la connotación de generar la imposibilidad de cumplir el mismo para el contratista, aquel pueda suspender su ejecución.

Sin embargo, aquí se considera que el Consejo de Estado, en el tratamiento que le ha dado al remedio, no solo *no ha atendido a la naturaleza y función de la categoría*, sino que además *la ha confundido con otras figuras*, esto es, con la imposibilidad de cumplimiento de la prestación y con el incumplimiento propiamente dicho, figuras que tienen tratamientos y consecuencias diferentes, como se verá más adelante.

En relación con la *naturaleza* de la categoría jurídica, el Consejo de Estado la desconoce porque no tiene en cuenta que la excepción *es un remedio sinalagmático* que autoriza a una de las partes a suspender de manera temporal el cumplimiento de sus prestaciones cuando su contraparte no cumple con las suyas; su fin es el de mantener el equilibrio contractual que debe imperar en las prestaciones recíprocas, y de este modo garantizar la justicia contractual y evitar la imposición de cargas excesivas para las partes.

Se trata de un mecanismo de defensa privada, con función dilatoria y temporal, que se opone frente a quien, no habiendo cumplido aquello a lo que se comprometió, pretende la exigibilidad de las obligaciones de quien invoca la figura; dilatoria, porque pretende paralizar las pretensiones de cumplimiento de la contraparte⁷⁵, y temporal, porque solo hay lugar a su oposición mientras la

pública el derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

73 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de febrero de 2012, rad. 05001-23-25-000-1992-00584-01(21317): “La *exceptio non adimpleti contractus* tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones, esto es, que el que la invoca no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo”.

74 Expósito Vélez, J. C., *La configuración del contrato de la Administración pública*, cit., 335: “Repetidas veces hemos mencionado la finalidad que subyace al contrato del Estado: la persecución del interés público, del que se desprende el principio de la continuidad en la ejecución. De ahí que deba darse prioridad a la protección de dicho interés”.

75 Ramella, A. E., *La resolución por incumplimiento*, cit., 26: “La excepción tiene por función únicamente obstar al ejercicio de la pretensión de la contraria, mientras esta no cumpla con las obligaciones correlativas a su cargo”.

contraparte incumplidora se encuentre en situación de incumplimiento; una vez cumpla o se allane a cumplir, dejará de tener efecto jurídico la figura. Es decir, la excepción solo tiene lugar cuando las partes se encuentren en el escenario de *un incumplimiento temporal* que permita que, una vez superado, el contrato pueda continuar con su curso normal.

Es necesario tener en cuenta que para que la figura sea procedente se debe estar ante una dificultad temporal en el cumplimiento de las prestaciones, y no de una imposibilidad, por cuanto en este caso nos encontraríamos en el escenario de la extinción de las obligaciones y la mencionada excepción no tendría operatividad o campo de aplicación⁷⁶.

Ahora, en relación con la confusión que se le endilga al alto tribunal de lo contencioso administrativo respecto de las figuras de la imposibilidad y el incumplimiento, es de precisar que cuando ocurre un hecho externo, sobrevenido y ajeno al deudor, que ataca uno de los requisitos de la obligación, concretamente la posibilidad de realización de la misma⁷⁷, no se trata de un aspecto de incumplimiento contractual sino fundamentalmente de imposibilidad, que implica que la obligación se extinga liberando al deudor⁷⁸; situación que no opera cuando se trata de un incumplimiento contractual, porque el problema se traslada al ámbito de la asignación de riesgos⁷⁹ y no al de la responsabilidad, como lo es el determinar ¿quién debe asumir las consecuencias económicas por la extinción de la prestación?⁸⁰.

76 Chinchilla Imbett, C. A., *La excepción de incumplimiento contractual*, cit., 21, señala, en relación con la funcionalidad de la excepción, que “se convierte en un mecanismo de tutela del contrato de aplicación general, ya que se transforma en la puerta para resolver un conflicto causado por el incumplimiento no definitivo de una de las partes y en el muro que evita una crisis definitiva de la relación negocial”.

77 Fernández Campos, J. A., “La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 20, 2002, 37-38: “Para que la imposibilidad de cumplimiento de la prestación determine la extinción de la obligación y, consecuentemente, la liberación del deudor, es necesario que cumpla ciertos requisitos: que la imposibilidad sea sobrevenida y no originaria; que sea ajena al deudor, es decir, que la imposibilidad no le sea imputable, pues de lo contrario no habría extinción de la obligación, sino deber de indemnización de los daños por incumplimiento; y, finalmente, que la imposibilidad sea objetiva y no subjetiva”.

78 Martínez de Quel Moreno, I., “La imposibilidad sobrevenida liberatoria: concepto y consecuencias indemnizatoria”, *Redur*, n.º 13, 2015, 309: “La apreciación de la imposibilidad sobrevenida liberatoria tiene como consecuencia jurídica la extinción de la obligación, y por ende la liberación del deudor”.

79 Gómez Vásquez, C. F., “Riesgo contractual y extinción del contrato”, *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, n.º 10, 2006, 127: “Dicha eventualidad se presenta cuando la extinción de la obligación por imposibilidad de cumplimiento se halla inmersa en una relación jurídica de índole contractual, esto es, cuando la obligación extinguida se sustenta (en una relación causa-efecto) en un contrato (que le sirve de fuente), entorno en el cual surge, en sentido propio o técnico, el problema del riesgo contractual”.

80 Solarte Rodríguez, A., “Imposibilidad sobrevenida de cumplimiento y asignación del riesgo en los contratos bilaterales. El caso de las obligaciones diferentes a las de dar cosas de cuerpo cierto. Apuntes para un debate” [en línea], 2020, disponible en: <https://iarce.com/>

En este aspecto existen dos reglas relacionadas con la asignación de los riesgos en obligaciones de hacer y no hacer⁸¹: la asunción del riesgo por parte del deudor (*res perit debitoris*) o por parte de acreedor (*res perit creditoris*), las cuales tienen consecuencias diversas.

En el evento que el riesgo deba ser asumido por el acreedor, este deberá seguir ejecutando su prestación, a pesar de que su contraparte no ejecute la suya⁸²; en cambio, si el riesgo de la imposibilidad sobrevenida recae en el deudor, es este quien asume las consecuencias patrimoniales de dicho evento, liberándose el acreedor de cumplir con su obligación y extinguiéndose de esta manera el contrato⁸³.

Sin embargo, algún sector ha señalado que ante el acaecimiento de circunstancias que hagan imposible el cumplimiento en contratos bilaterales, y por la interdependencia de las prestaciones, las cuales unas se miran como la causa de las otras, el contrato se extinguiría para las dos partes, asumiendo cada una el riesgo propio que la pérdida económica les genera⁸⁴.

imposibilidad-sobrevenida-de-cumplimiento-y-asignacion-del-riesgo-en-los-contratos-bilaterales-el-caso-de-las-obligaciones-diferentes-a-las-de-dar-cosas-de-cuerpo-cierto-apuntes-para-un-debate/: “En materia de riesgos, particularmente, [...] sin perjuicio de lo que las partes hayan convenido al respecto, cuando la obligación se extinga por la ocurrencia de un evento constitutivo de fuerza mayor y se esté en presencia de un contrato bilateral –o con obligaciones correlativas–, es indispensable determinar cuál de las partes debe soportar el riesgo de la imposibilidad de ejecución. Es decir, como es suficientemente conocido, se debe definir si no obstante la extinción de la obligación afectada por la fuerza mayor, la obligación del otro contratante igualmente se extingue o si, por el contrario, se mantiene vigente y exigible. En el primer supuesto se aludirá a que el riesgo contractual lo asume el deudor y en el segundo se concluirá que el riesgo se ha asignado al acreedor”.

- 81 Gómez Vásquez, C. F., “Riesgo contractual y extinción del contrato”, cit., 129: “No hay sino dos alternativas posibles para solucionar el problema planteado en el número anterior: determinar que el riesgo es de cargo del deudor, cuya prestación se ha hecho imposible, o del acreedor a quien no se le va a cumplir la prestación por imposibilidad”.
- 82 Perry, A. y Bonivento, J. F., “La teoría de los riesgos en obligaciones de hacer y no hacer: ideas generales para épocas de pandemia” [en línea], *Semillero de Derecho Contractual Francesco Galgano*, Universidad de los Andes, 2020, disponible en: <https://semillerocontratos.uniandes.edu.co/la-teoria-de-los-riesgos-en-obligaciones-de-hacer-y-no-hacer-ideas-generales-para-epocas-de-pandemia/>: “De acuerdo con la regla *res perit creditori*, será el acreedor de la obligación que se hace imposible quien asuma las consecuencias de la fuerza mayor. Esto significa que el acreedor debe ejecutar su contraprestación a pesar de que la obligación debida no se haya ejecutado. La doctrina señala que, estos casos, el contrato persiste pues el acreedor debe cumplir su obligación bajo el mismo”. En igual sentido, Gómez Vásquez, C. F., “Riesgo contractual y extinción del contrato”, cit., 129.
- 83 Perry, A. y Bonivento, J. F., “La teoría de los riesgos en obligaciones de hacer y no hacer”, cit.: “En cambio, bajo la regla *res perit debitori* es el deudor quien debe asumir las consecuencias económicas de la fuerza mayor. Es decir, en este caso, el acreedor no se encuentra obligado a ejecutar su contraprestación, por lo que la doctrina ha entendido que el contrato dejaría de existir”. En igual sentido, Gómez Vásquez, C. F., “*Riesgo Contractual...*”, cit., 129.
- 84 Perry, A. y Bonivento, J. F., “La teoría de los riesgos en obligaciones de hacer y no hacer”, cit.: “otros sostienen que la teoría de los riesgos en materia de obligaciones de hacer tiene su fundamento en la teoría de la causa. Según estos autores, en los contratos bilaterales la causa de la obligación se identifica con la obligación correlativa. Por ende, si por motivos de fuerza mayor es imposible la ejecución de una obligación, la obligación correlativa y el contrato mismo se

Al respecto, y más allá de quién asuma el riesgo por la pérdida económica, lo que se genera por el acaecimiento de una circunstancia que genere la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación es la extinción del vínculo.

En cambio, cuando se habla de incumplimiento, la cuestión se traslada al escenario de la responsabilidad⁸⁵, que permite transformar la obligación con la finalidad, fundamentalmente, de permitir al acreedor el cobro del crédito *in natura* o a través del equivalente pecuniario por la subsistencia de la obligación, y en ambos casos, si se actuó con culpa del deudor, con el cobro de los perjuicios causados, utilizando para ello todos los mecanismos de tutela que le brinda el ordenamiento jurídico, ya sea para extinguir el vínculo o para suspender la ejecución del mismo⁸⁶.

Conforme a lo anterior, consideramos que existe un problema en la calificación que el Consejo de Estado le da al incumplimiento para que sea procedente la excepción, ello por cuanto, al exigir que se debe generar una “razonable imposibilidad de cumplir”, se está utilizando de forma impropia la figura de la imposibilidad, la cual corresponde a una categoría relacionada con el riesgo que genera la extinción

extinguen, pues ‘no puede haber obligación sin causa real y lícita’”. En similar sentido, Gómez Vásquez, C. F., “Riesgo contractual y extinción del contrato”, cit., 123; Martínez de Quel Moreno, I., “La imposibilidad sobrevenida liberatoria”, cit., 316.

- 85 Hinestrosa, F., “Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 36, 2019, 6: “La responsabilidad emerge de esa manera como una exposición del deudor a acciones enérgicas (a la agresión patrimonial) del acreedor, quien hace efectiva la juridicidad de la relación y de su interés, proveyendo con el concurso judicial (sustitución del deudor o expropiación por causa de utilidad particular) a su satisfacción: *in natura* o en el subrogado pecuniario de la presión inicial, y al restablecimiento de su estado patrimonial y aun personal, quebrantado por la conducta indebida del obligado”.
- 86 *Ibid.*, 5: “Pudiendo el deudor adecuar su comportamiento al mandamiento obligatorio o contrariarlo en la forma y medida que sea, el acreedor cuenta para su tranquilidad, primeramente, con el pundonor del deudor, seguidamente, con la presión social que lo invita a ser cumplido y lo retrae del incumplimiento y, en últimas, [...] con la acción ejecutiva específica o *in natura* de la prestación (débito primario-*perpetuatio obligationis*) [...]; o con la acción ejecutiva por el equivalente o subrogado pecuniario (*aestimatio pecunia*) de la prestación inicial (débito secundario) [...]. Y en ambos casos con derecho a reclamar indemnización de los daños y perjuicios sufridos por él a causa del incumplimiento del deudor. Que es en su conjunto lo que se llama ‘responsabilidad’”. En relación con la culpa o mora del deudor en el cumplimiento de la obligación y la determinación de si las mismas constituyen una imposibilidad sobrevenida liberatoria de responsabilidad, véase Martínez de Quel Moreno, I., “La imposibilidad sobrevenida liberatoria”, cit., 311. Así como, de nuevo, Hinestrosa, F., “Tutelas del acreedor frente al deudor incumplido”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 31, 2016, 10: “Delante de un incumplimiento, o más propiamente de un incumplimiento grave de obligación fundamental, de un contrato de prestaciones correlativas por parte de cualquiera de los contratantes, se abre para el otro la alternativa que nítidamente plantean los distintos ordenamientos: ‘pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios’. [...] La resolución es una medida definitivamente liberatoria del contratante cumplido, en tanto que la excepción de contrato no cumplido es una medida defensiva provisional (‘legítima defensa contractual’), que le evita el riesgo de perder la propia prestación y mantiene el equilibrio de la relación”.

del vínculo contractual por la imposibilidad jurídica o material de cumplir con la prestación debida.

En igual sentido, consideramos que, al exigir que, para que sea procedente la excepción, el incumplimiento de la Administración debe ser grave se está desnaturalizando la función de la figura, la cual es conservativa del vínculo contractual. Lo anterior porque al requerir que el incumplimiento de la Administración tenga la connotación de esencial, al punto de generar la frustración en la consecución del fin contractual para el contratista, lo que se genera es el derecho del acreedor de solicitar la extinción del vínculo y su liberación, por lo que el remedio procedente no sería la excepción sino la resolución por incumplimiento contractual⁸⁷.

Sin embargo, se pregunta si es necesaria esta calificación del incumplimiento de la entidad pública para la procedencia de la figura en este campo, lo cual implica establecer una particularidad que la distingue de la aplicación de la figura en el ámbito privado. Creemos que, puesto que por mandato del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 resultan aplicables a la contratación estatal las normas civiles y comerciales que regulan la materia, las cuales no establecen este tipo de exigencia, tal postura del Consejo de Estado desdibuja la figura de la excepción, la cual viene a ser inoperante en caso de no acreditarse, en concepto de los jueces, la gravedad del incumplimiento⁸⁸. Lo anterior, más aún cuando el mismo Consejo de Estado ha

87 Polo Martínez, C. A., “Incumplimiento esencial del contrato en la legislación civil y comercial colombianas a partir del moderno derecho de contratos”, *Vis Iuris*, Universidad Sergio Arboleda, 6, 11, 2019, 12: “la resolución es una medida que libera al contratante cumplidor. Por tal motivo, entiende la resolución como la disolución o terminación del contrato por una de las partes, a causa de un incumplimiento grave frente a obligaciones fundamentales o de importancia significativa”. En este sentido, Chinchilla Imbett, C. A., “Las excepciones dilatorias en la reforma del código civil francés”, cit., 268-269: “En efecto, se identifica la gravedad del incumplimiento como causa de resolución, puesto que la resolución es un remedio radical y destructivo. El incumplimiento debe ser idóneo, de modo que pueda romper el vínculo entre las partes: ha de tratarse de un incumplimiento definitivo, esencial, que ponga en crisis de manera irremediable al contrato. Por el contrario, la gravedad del incumplimiento no tiene por qué ser necesariamente el requisito de procedibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, pues es un remedio no destructivo sino de tipo suspensivo de las prestaciones de las partes, por lo cual basta solo alegar el simple incumplimiento objetivamente verificable y así justificar la suspensión del cumplimiento; en ese sentido, el ejercicio debe ser proporcional a la gravedad de las consecuencias del incumplimiento que sufre el excepcionante”.

88 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2001, rad. 05001-23-26-000-1988-4489-01(13415): “La negativa de la entidad contratante de acceder a la pretensión del contratista [...] no se traduce en un incumplimiento grave de la entidad contratante capaz de justificar la suspensión de la ejecución del contrato en que incurrió el contratista. Se infiere de lo anterior que el contratista no acreditó los supuestos que prevé la ley y la jurisprudencia para que opere la excepción de contrato no cumplido que alegó; no demostró el incumplimiento grave de la contratante, menos aún que tal incumplimiento le hubiese generado una ‘razonable imposibilidad de cumplir’ sus propias obligaciones”. En igual sentido, Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de julio de 2018, rad. 25000-23-26-000-2005-10969-01(42171); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de abril de 2015, rad. 25000-23-26-000-1995-01431-01(21081), y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, rad. 52001-23-31-000-1993-5282-01(12722).

afirmado que “[n]o es necesario hacer consideraciones distintas sobre la aplicación de esta excepción en la contratación estatal, por cuanto los principios que la rigen siguen vigentes, y hoy con mayor razón, cuando la contratación con el Estado se inspira en las fuentes del derecho privado por disposición del legislador”⁸⁹.

En este punto, la doctrina privatista⁹⁰ ya ha tenido oportunidad de indicar que la calificación de gravedad que se da al incumplimiento desnaturaliza la función conservativa de la figura, y la equipara al remedio de la resolución, cuya función es poner fin al vínculo contractual soportado en un incumplimiento que tenga tal carácter; tal calificación no se compadece con la excepción de contrato no cumplido, que busca mantener el vínculo para que, una vez superadas las circunstancias que dieron origen a la suspensión y existiendo aún interés de las partes en continuar con la ejecución, el contrato se reactive⁹¹.

En este sentido y entendiendo que en la contratación estatal se encuentran inmersos intereses superiores a los que se suscitan en las relaciones entre particulares, al igual que en el derecho privado, *el incumplimiento que sirve de base para oponer la excepción no puede ser menor o de poca significación, pero no puede generar una “razonable imposibilidad de cumplir”*, porque si esto último

89 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 1999, rad. 10131.

90 Véase Chinchilla Imbett, C. A., *La excepción de incumplimiento contractual*, cit.

91 Chinchilla Imbett, C. A., “Las excepciones dilatorias en la reforma del código civil francés”, cit., 267-270: “El criterio de la gravedad del incumplimiento ha sido impuesto para justificar la aplicación de un remedio tan radical como la resolución. Una hipótesis explicativa de que la gravedad del incumplimiento haya sido extendida como un requisito para la excepción de incumplimiento es que la doctrina y la jurisprudencia hayan analizado ambos remedios sinalagmáticos conjuntamente, e incluso hayan considerado que la excepción funciona como un mecanismo para preparar la resolución. Por ese motivo resultaba indispensable que ambos remedios tuvieran el mismo presupuesto, pues de lo contrario un incumplimiento cualquiera hubiera legitimado la suspensión de la ejecución de las prestaciones mas no hubiera tenido la fuerza necesaria para justificar el rompimiento del vínculo por medio de la resolución. En efecto, se identifica la gravedad del incumplimiento como causa de resolución, puesto que la resolución es un remedio radical y destructivo. El incumplimiento debe ser idóneo, de modo que pueda romper el vínculo entre las partes: ha de tratarse de un incumplimiento definitivo, esencial, que ponga en crisis de manera irremediable al contrato. Por el contrario, la gravedad del incumplimiento no tiene por qué ser necesariamente el requisito de procedibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, pues es un remedio no destructivo sino de tipo suspensivo de las prestaciones de las partes, por lo cual basta solo alegar el simple incumplimiento objetivamente verificable y así justificar la suspensión del cumplimiento; en ese sentido, el ejercicio debe ser proporcional a la gravedad de las consecuencias del incumplimiento que sufre el excepcionante”. E indica el autor más adelante: “Luego, se deben entender dos tipos de incumplimiento graves: uno que da lugar a la excepción de contrato no cumplido y otro que da lugar a la resolución por incumplimiento. En ese sentido, si el incumplimiento destruye el interés de la contraparte en la ejecución del contrato, o es de tal magnitud que se iguala a un incumplimiento definitivo o que impida el correcto funcionamiento del contrato, entonces es un incumplimiento que legitima la proposición de la resolución por incumplimiento, y no de la excepción de contrato no cumplido. Si el incumplimiento permite que el contrato pueda aún ser cumplido en cuanto existe interés del acreedor y la ejecución de las prestaciones es posible, entonces el ejercicio de la excepción es procedente”.

ocurre, el remedio precedente será la terminación del contrato, con la consecuente liberación de las partes⁹².

Sin embargo, esta postura, que tradicionalmente requiere que el incumplimiento de la entidad genere una imposibilidad razonable de cumplir para el contratista, ha venido replanteándose a nivel jurisprudencial⁹³, con un foco en el sinalagma contractual, en el mantenimiento del equilibrio, para de esta manera evitar la imposición de cargas adicionales al colaborador de la Administración, que no tiene el deber de soportarlas⁹⁴ por cuanto el principio de prevalencia del interés público no es absoluto⁹⁵ y bajo su prisma no se puede imponer un sacrificio al particular que colabora en el cumplimiento de los fines estatales.

En este sentido, y con miras a preservar la equivalencia de las prestaciones, se ha autorizado la aplicación de la excepción de contrato no cumplido para que el contratista se abstenga temporalmente de ejecutar sus compromisos, cuando el incumplimiento previo de la entidad pública no le permite cumplir con sus obligaciones o dificulta su ejecución⁹⁶: como cuando no entrega los terrenos en

-
- 92 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2019, rad. 08001-23-31-000-2006-00062-01: “La doctrina ha entendido que la imposibilidad sobrevenida de la prestación da lugar a la liberación del deudor y a la finalización de la relación negocial [...] [E]ste principio opera igualmente en la legislación comercial, en cuanto el Código de Comercio dispone que cuando la prestación de futuro cumplimiento se altere o agrave por circunstancias extraordinarias, imprevista o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, la parte obligada puede pedir la revisión del negocio jurídico y el juez, si evidencia que no es posible reajustarlo, puede decretar su terminación (art. 868)”.
- 93 Benavides, J. L., *El contrato estatal*, cit., 344-345: “La excepción es aplicada por la jurisprudencia administrativa sin que exista una calificación de las dificultades del contratista para ejecutar sus prestaciones. [...] En esta evolución jurisprudencial el Consejo de Estado ha admitido que el tratamiento del principio ha sido un poco contradictorio, para centrarse luego en el análisis concreto de la gravedad de los incumplimientos que atentan contra el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos y el carácter sinalagmático de éstos”.
- 94 *Ibid.*, 343: “Por el contrario, hoy en día el juez administrativo hace un análisis no de la imposibilidad de ejecución sino de la equivalencia de las prestaciones de las partes, fruto del carácter sinalagmático del contrato. Es claro que en un contrato bilateral [...] el contratista puede lícitamente negarse a la ejecución de sus propias obligaciones cuando la entidad contratante no ha cumplido con las que a ella le corresponde ejecutar previamente, en forma tal que el contratista se vea razonablemente imposibilitado para dar cumplimiento a sus propias prestaciones”.
- 95 Bercaitz, M. A., *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, 377: “Pero este principio no es absoluto y tiene sus límites [...]. Concordantemente, expresa Escola que si bien es correcto el ‘criterio de quienes sostienen que la *exceptio non adimpleti contractus* no tiene cabida en el contrato administrativo [...], la aplicación de la teoría de la ‘razonable’ imposibilidad de ejecutar esos contratos, vinculada, a su vez, a la teoría del hecho de la administración y a las consecuencias que son propias de éste, permite solucionar todas las situaciones que puedan presentarse, de manera adecuada”.
- 96 Benavides, J. L., *El contrato estatal*, cit., 342: “En efecto, la actitud del contratista está justificada en este evento no por su derecho a abstenerse de cumplir sus obligaciones sino por la imposibilidad de hacerlo. No es un problema de legítimo incumplimiento sino de falta de nexo causal de su incumplimiento por cuanto su actitud es una consecuencia objetiva del comportamiento de la administración. El incumplimiento del contratista es entonces imputable a la administración y no al contratista”.

los cuales se debe ejecutar la obra, o no entrega los estudios o diseños previos y necesarios para la misma, o no realiza el pago de las actas parciales de obra que le permitirá al contratista solventar los costos directos e indirectos de la ejecución del contrato⁹⁷; lo anterior con el fin de frenar las pretensiones de la Administración de requerir el cumplimiento del contrato o la imposición de sanciones⁹⁸.

Si bien se ha indicado que en todo caso los derechos del contratista que se ve afectado por un incumplimiento grave de la entidad, que altera la ecuación contractual, no quedan desprotegidos por cuanto puede acudir a la jurisdicción para solicitar la indemnización de perjuicios por los daños ocasionados y el restablecimiento de la ecuación económica del contrato⁹⁹, desde nuestro punto de vista lo cierto es que se privaría al particular de uno de los mecanismos de tutela establecidos en nuestra legislación para enfrentar no solo el incumplimiento de la contraparte y las pretensiones de cumplimiento, sino además, en el campo de la contratación estatal, el ejercicio de los poderes excepcionales de la Administración.

97 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, rad. 08001233100019910633401(21642): “Una de las causas de la ruptura del equilibrio económico son los incumplimientos de la administración tales como no pagar oportunamente el anticipo o las actas de entrega parcial de obra o el valor de la cuantía del contrato, o no entregar oportunamente terrenos en los cuales debe ser construida la obra, o no suministrar oportunamente los planos y materiales con los cuales se debe ejecutar la obra. [...] Las figuras de la fuerza mayor y el caso fortuito son causales de justificación del incumplimiento contractual, cuando impiden de manera absoluta la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes y *no* cuando simplemente la dificultan, dado que a lo imposible nadie está obligado. Además, debe tratarse de circunstancias sobrevinientes e imprevisibles que no existían al momento de celebrar el respectivo contrato”.

98 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2001, rad. 05001-23-26-000-1988-4489-01(13415): “En el evento de que se prueben las condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido, se desdibuja el incumplimiento del contratista en que se funda la declaratoria de caducidad del contrato, pues conforme lo establece el artículo 1609 del C.C., el contratista no está obligado a cumplir sus obligaciones cuando su co-contratante incumplió las propias”. En este mismo sentido, véase Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, rad. 52001-23-31-000-1993-5282-01(12722).

99 Expósito Vélez, J. C., *La configuración del contrato de la Administración pública*, cit., 336-337: “Propugnar por la aplicación restringida –o incluso la inaplicación– de esta excepción en los contratos públicos no significa que el contratista de la Administración quede desamparado frente al incumplimiento de las obligaciones correlativas de la Administración. [...] Entraría entonces en juego la aplicación de la teoría del hecho de la Administración, no solo en cuanto a la imposibilidad absoluta de cumplir el contrato, sino, como lo dijimos atrás, a la razonable imposibilidad de cumplirlo. Nótese que esta tesis resulta más acorde con las exigencias del interés público y con los principios de la contratación administrativa. De aquí se colige que el contratista tiene derecho a la indemnización de los daños y perjuicios que le haya ocasionado el incumplimiento administrativo. [...] Como vemos, la postura según la cual no debe admitirse la procedencia de esta figura no se traduciría, en la práctica, en la indefensión del contratista frente a la Administración, por cuanto contaría, de todos modos, con la posibilidad de acudir ante el juez del contrato y pedir el restablecimiento del equilibrio económico del mismo”.

Adicionalmente, la admisión de este tipo de posturas confirmaría que el particular, en nombre del interés general, debe sacrificarse¹⁰⁰ frente a la Administración y asumir todas las cargas que aquella quiera imponerle, ejecutando el contrato contra toda adversidad por cuanto solo en la medida en que continúe con la ejecución del contrato podría solicitar el restablecimiento del equilibrio financiero¹⁰¹.

Por lo anterior, se considera que se debe replantear la calificación que se ha dado al incumplimiento de la Administración para la procedencia de la excepción de inejecución contractual, de manera tal que permita, al igual que en el derecho privado, que, ante el acaecimiento de un hecho serio e importante, la parte afectada pueda suspender la ejecución, y una vez superadas las circunstancias que dieron lugar a su invocación, ya sea por el cumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad o por la manifestación de estar presta a dar cumplimiento a las mismas, se continúe con la ejecución del contrato. Es decir, se trata de que el ejercicio de la excepción no se realice de manera arbitraria, en contra de los postulados de la buena fe¹⁰², en perjuicio de la satisfacción de los intereses inmersos en la contratación, ya sean públicos o privados. Por tanto, es necesaria una calificación del incumplimiento que garantice que la función de la excepción tenga cabida en este ámbito de la contratación, que no es otra que la del mantenimiento del vínculo contractual, y no su extinción¹⁰³.

100 Corina Orué, J. C., “Contratos administrativos. La aplicación de las reglas del derecho privado y el caso de la excepción de incumplimiento contractual” [en línea], disponible en: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Juan-Carlos-Corina-Orue-Contratos-Administrativos.pdf>, 12: “Ahora bien, es entendible que, al encontrarnos ante contratos administrativos, cuyo norte a seguir lo constituye el interés público, podrían existir restricciones a la hora de considerar admisible la defensa, empero esto no puede implicar la alteración o puesta en riesgo de la capacidad financiera de la contratista. Concretamente, el Estado no puede exigir que el contratista privado se desangre en aras del cumplimiento de la función pública. Sobre el punto se ha reseñado que el Estado ‘...órgano creador del derecho y encargado de asegurar su imperio, no puede basarse en las consecuencias de su propio comportamiento irregular para obtener ventajas de tal situación en contra de su cocontratante inocente y damnificado’”.

101 Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, rad. 65277 de 2021: “*A contrario sensu*, para que proceda el restablecimiento de la economía del contrato en el terreno de lo público, se insiste en que debe demostrarse no solo la ocurrencia de la circunstancia generadora de la ruptura del equilibrio económico sino los sobrecostos real y efectivamente asumidos por el afectado con ocasión de esa circunstancia, tras haber cumplido satisfactoriamente”.

102 Chinchilla Imbett, C. A., *La excepción de incumplimiento contractual*, cit., 388: “el punto central es no ejercer el remedio de forma abusiva, en perjuicio de la contraparte, en desconocimiento de las reglas que surgen de la buena fe: lealtad, consideración al interés ajeno, proporcionalidad y razonabilidad”.

103 *Ibid.*, 389: “Limitar el ejercicio de la excepción de incumplimiento solamente a los supuestos de grave incumplimiento de la contraparte bloquearía la función provisoria y de inducción al cumplimiento que viene reconocida tradicionalmente a la *exceptio*. La excepción, al no extinguir el contrato, al dejarlo con vida, deja abierta la posibilidad de un futuro cumplimiento, de modo que facilita el espacio a la contraparte para que normalice su propia posición con el objetivo de que cumpla con sus prestaciones. Con esto, frente a un incumplimiento cualquiera, pero que no sea nimio o no serio, el remedio es apropiado para salvaguardar los intereses y la posición de la parte fiel del contrato, sin cerrar la posibilidad a la contraparte de adecuar su comportamiento

Ello porque, en todo caso, la excepción siempre debe ejercerse conforme a los límites impuestos por el principio de buena fe, en el sentido de que ninguna de las partes puede exigir sacrificios desproporcionados a su contraparte tendientes al cumplimiento de los compromisos adquiridos, cuando no se han cumplido los propios pero sí se pretende obtener los beneficios que reporta el contrato. Por esta razón, con el fin de determinar si la aplicación de la excepción corresponde al medio adecuado frente al incumplimiento de la contraparte, y teniendo en cuenta que se encuentran en colisión principios o derechos constitucionales, como el interés general frente a la libertad económica, y con miras garantizar tanto la satisfacción del interés público como los derechos del particular contratista, se debe dar aplicación a lo que la doctrina¹⁰⁴ ha llamado “principio de proporcionalidad”¹⁰⁵ y la Corte Constitucional ha denominado “test de racionalidad”¹⁰⁶, el cual, con independencia del nombre que se le dé, tiene total y plena aplicabilidad en el ámbito de la contratación estatal¹⁰⁷, con el fin de determinar, en el caso concreto, si la intervención o restricción de los derechos en juego es adecuada y, por lo tanto, si la excepción de contrato no cumplido se abre paso.

Sin embargo, y con independencia del resultado que arroje la aplicación del principio de proporcionalidad a la salvaguarda del interés público y la protección de los intereses particulares del contratista, como la libertad económica y de empresa¹⁰⁸, estimamos que la adopción de una postura que elimine el carácter de

al programa contractual. Frente a un incumplimiento grave, que ha destruido el sinalagma del contrato, la *exceptio* poco puede hacer para componer la relación negocial”.

104 Véanse Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Alexy, R., “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 91, 2011; Matallana Camacho, E., *El principio de proporcionalidad en la contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019; Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

105 Cruz Moreno, M., *La exceptio non adimpleti contractus*, cit., 75-76: “una vez se den todos los requisitos necesarios para que sea posible oponer la excepción de incumplimiento, debe, pues, realizarse un ulterior juicio de buena fe: para estimar la excepción deberá el juez consultar que su ejercicio no es, en el caso concreto, contrario a las exigencias de la buena fe; contrariamente, la desestimaré o, al menos, limitará el alcance de la misma. [...] En la *exceptio* en cambio, se trata de ver la proporción que hay entre la situación de incumplimiento o falta de cumplimiento del demandante, y el no tan grave efecto de la propia *exceptio*: la mera negativa provisional a la ejecución; provisionalidad además que termina al punto, apenas cumpla plenamente el demandante, o simplemente ofrezca hacerlo”.

106 Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2001.

107 Matallana Camacho, E., *El principio de proporcionalidad en la contratación estatal*, cit., 239: “Bajo esos parámetros, en materia de contratación estatal estaría plenamente justificada la aplicación del principio de proporcionalidad, primero porque la ley de contratación así lo señala, pero también por el hecho de que los requisitos que deben contener los pliegos de condiciones no fueron definidos por el legislador en su competencia de especificar lo más conveniente para el interés general, sino que fueron delegados a la Administración Pública”.

108 *Ibid.*, 215: “Consideramos que, en materia de contratación estatal, existe una tensión entre el interés general frente al derecho fundamental a la libre competencia en concurso con el derecho

gravedad del incumplimiento de la Administración no desnaturaliza ni desprotege la satisfacción del interés general involucrado en la contratación estatal, en la medida que el establecimiento de una condición de esta magnitud conlleve una imposibilidad en el cumplimiento de la prestación que trae como consecuencia el derecho del acreedor a solicitar la terminación del contrato. Situación esta que puede resultar más lesiva para la satisfacción del interés general –en cuanto puede afectar de manera directa el cumplimiento del servicio público– que permitir que el contratista ejerza la excepción de contrato no cumplido y así pueda suspender la ejecución del contrato cuando exista un incumplimiento serio por parte de la entidad, con el fin de conminar a la Administración al cumplimiento de sus compromisos.

Conclusiones

Conforme a lo expuesto en las líneas precedentes se puede llegar a las siguientes conclusiones.

La figura de la excepción de contrato no cumplido, que tiene origen en el derecho privado, es perfectamente aplicable al ámbito de la contratación estatal por expresa remisión a las normas civiles y comerciales que hace el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, aunado a que encuentra su justificación no solo en los principios de buena fe y equidad –que buscan proteger el equilibrio del contrato y evitar que este se convierta en fuente de injusticias y de tratos inequitativos, al permitirse y tolerarse que dentro de la relación sinalagmática una de las partes sea la única que tenga que cumplir sus obligaciones, afrontando todos los sacrificios que conlleva el incumplimiento de las prestaciones de su par–, sino también en la naturaleza de los contratos sinalagmáticos o bilaterales.

El interés público involucrado en la contratación estatal no inhibe la aplicación de la excepción de contrato no cumplido por no tratarse de un derecho absoluto que tenga en todos los casos que primar sobre los derechos e intereses particulares, máxime si se encuentran en juego derechos como la libertad de empresa y la libertad económica, los cuales encuentran respaldo constitucional y deben ser protegidos por el Estado, evitando así que sean sacrificados por la Administración bajo el prisma de la protección y prevalencia del interés general. Y, en caso de colisión entre el interés general y los citados derechos del contratista, siempre deberá efectuarse un juicio de proporcionalidad con el fin de generar la menor afectación a los derechos inmersos en la contratación.

a la igualdad, que debe ser resuelto durante el juicio de proporcionalidad. Se reitera que, ante el choque o colisión de varios intereses jurídicamente protegidos, como sería el caso entre el interés general y un interés colectivo o individual (se podría pensar en la colisión entre el interés general y la libre competencia económica como derecho individual y colectivo a la vez, y ambos intereses protegidos), se ha de acudir a la ponderación o al principio de proporcionalidad”.

Por último, frente al carácter de grave del incumplimiento por parte de la entidad pública, que genere una razonable imposibilidad de cumplimiento, se considera que dicho presupuesto de procedencia de la excepción en el campo de la contratación estatal merece ser reconsiderado por cuanto se traslada al campo del riesgo contractual, que conlleva como consecuencia la extinción del vínculo contractual y desnaturaliza la función de la excepción, la cual es dilatoria y conservativa del vínculo, en la medida que la connotación de gravedad es propia de la aplicación de la resolución por incumplimiento contractual que busca extinguir el vínculo.

Referencias

- Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 91, 2011, 11-29.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Benavides, José Luis, *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Bercaitz, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Bozzo Hauri, Sebastián, *La excepción de contrato no cumplido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Capriles Biermann, Bruno, “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, *Revista de Derecho*, XXXIX, 2012, 53-93.
- Chinchilla Imbett, Carlos Alberto, “‘*Contrarius consensus*’: terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 28, 2015, 79-126.
- Chinchilla Imbett, Carlos Alberto, *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Chinchilla Imbett, Carlos Alberto, “Las excepciones dilatorias en la reforma del código civil francés: excepción de contrato no cumplido y excepción de incumplimiento previsible”, en Riaño Saad, Anabel y Fortich, Silvana (eds.), *La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, 249-280.
- Chinchilla Imbett, Carlos Alberto, *Los límites a la autonomía privada en el mutuo disenso* [en línea], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Constitución Política de Colombia.

- Corina Orué, Juan C., “Contratos administrativos. La aplicación de las reglas del derecho privado y el caso de la excepción de incumplimiento contractual” [en línea], disponible en: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Juan-Carlos-Corina-Orue-Contratos-Administrativos.pdf>
- Cruz Moreno, María, *La exceptio non adimpleti contractus*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- De la Maza-Gazmuri, Íñigo Andrés y Vidal-Olivares, Álvaro, “La excepción de contrato no cumplido. Algunas cuestiones relativas a su supuesto de hecho y consecuencias jurídicas” [en línea], *Vniversitas*, n.º 139, 2019, disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/27244/23892>
- Escola, Héctor J., *El interés público*, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- Expósito Vélez, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la Administración pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Fernández Campos, Juan A., “La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida”, *Anales de Derecho*, n.º 20, 2002, 35-53.
- Fonseca Jaramillo, Claudia, “La prescripción extintiva y la caducidad”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 31, 2004, 181-210.
- García Vázquez, Diego, *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor: dos remedios complementarios y autónomos contra el incumplimiento*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Gómez Vásquez, Carlos F., “Riesgo contractual y extinción del contrato”, *Opinión Jurídica*, n.º 10, 2006, 123-140.
- Hinestrosa, Fernando, “Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 36, 2019, 5-25.
- Hinestrosa, Fernando, “Tutela del acreedor frente al deudor incumplido”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 31, 2016, 5-21.
- Korn Agusti, Aníbal, “La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido en el marco de los incumplimientos recíprocos”, *Actualidad Jurídica*, n.º 40, 2019, 517-530.
- Ley 80 de 1993.
- Marín García, Alfredo, “Interés público” [en línea], disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/interes-publico.html>
- Martínez de Quel Moreno, Isabel, “La imposibilidad sobrevenida liberatoria: concepto y consecuencias indemnizatoria”, *Redur*, n.º 13, 2015, 313-333.
- Matallana Camacho, Ernesto, *El principio de proporcionalidad en la contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Matallana Camacho, Ernesto, *La licitación pública. Aplicación del principio de proporcionalidad a la selección objetiva de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.
- Mejías Alonzo, Claudia, “La excepción de contrato no cumplido y su consagración en el código civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.º 2, 2013, 389-412.

- Mejías Alonzo, Claudia, “La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios*, n.º 1, 2014, 111-156.
- Moreno Cruz, Pablo, “Los límites a la *exceptio inadimpleti contractus*: la ‘buena’, la ‘mala’ y la ‘fea’ excepción de contrato no cumplido”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2013, 133-150.
- Neme Villarreal, Martha Lucía, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, 2009, 45-76.
- Parejo Alfonso, Luciano, *Manual de derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 1992.
- Perry Sáenz, Antonio y Bonivento, Juan F., “La teoría de los riesgos en obligaciones de hacer y no hacer: ideas generales para épocas de pandemia” [en línea], *Semillero de Derecho Contractual Francesco Galgano*, Universidad de los Andes, 2020, disponible en: <https://semillerocontratos.uniandes.edu.co/la-teoria-de-los-riesgos-en-obligaciones-de-hacer-y-no-hacer-ideas-generales-para-epocas-de-pandemia/>
- Polo Martínez, Carmen A., “Incumplimiento esencial del contrato en la legislación civil y comercial colombianas a partir del moderno derecho de contratos”, *Vis Iuris*, vol. 6, n.º 11, 2019, 9-69.
- Pulgarín Arias, Andrés F. y Bustamante García, Hernán C., “El interés público y su atomización. Bases para fundamentar una tesis en materia de regulación en contabilidad y control”, *Cont. Udea*, n.º 74, 2019, 171-197.
- Ramella Anteo, Enrique, *La resolución por incumplimiento. Pacto comisorio y mora en los derechos civil y comercial*, Buenos Aires, Astrea, 1979.
- Rodríguez Grez, Pablo, “Sobre la excepción de contrato no cumplido”, *Actualidad Jurídica*, n.º 9, 2004, 121-130.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Solarte Rodríguez, Arturo, “Imposibilidad sobrevenida de cumplimiento y asignación del riesgo en los contratos bilaterales. El caso de las obligaciones diferentes a las de dar cosas de cuerpo cierto. Apuntes para un debate” [en línea], 2020, disponible en: <https://iarce.com/imposibilidad-sobrevenida-de-cumplimiento-y-asignacion-del-riesgo-en-los-contratos-bilaterales-el-caso-de-las-obligaciones-diferentes-a-las-de-dar-cosas-de-cuerpo-cierto-apuntes-para-un-debate/>
<https://economipedia.com/definiciones/interes-publico.html>
<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

Jurisprudencia

- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 1984, rad. 2509.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 1991, rad. 4739.

- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 1992, rad. 5857.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de octubre de 1995, rad. 8790.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 1999, rad. 10131.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de marzo de 2001, rad. 11480.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2001, rad. 05001-23-26-000-1988-4489-01(13415).
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, rad. 52001-23-31-000-1993-5282-01(12722).
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de febrero de 2012, rad. 05001-23-25-000-1992-00584-01(21317).
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de julio de 2013, rad. 08001233100019910633401(21642).
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de abril de 2015, rad. 25000-23-26-000-1995-01431-01(21081).
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de julio de 2018, rad. 25000-23-26-000-2005-10969-01(42171).
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de octubre de 2019, rad. 200012331000-2009-00175-01 (45572).
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2019, rad. 08001-23-31-000-2006-00062-01.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, rad. 65277 de 2021.
- Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-428 de 1992.
- Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-053 de 2001.
- Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2001.
- Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-860 de 2006.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5 de julio de 2019, SC1662-2019, rad. 11001-31-03-031-1991-05099-01.