**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Imprevisión - Variación cambiaria de la moneda**

De otro lado, la accionante solicita que se le reconozca el desequilibrio generado como consecuencia de la variación cambiaria de la moneda internacional (…) [R]esulta apenas natural que dentro de las previsiones económicas del contratista estuviera la variación de la moneda durante ese lapso. Lo que valga la pena mencionar hizo al calcular la financiación en un 5%. Igualmente, en la cláusula primera se advirtió que dentro del precio se incluían los costos proyectados al plazo de ejecución (…) Sin embargo, sin desatender la realidad de los antecedentes contractuales y la naturaleza del contrato, precisa señalar que cuando esos cálculos desbordan por completo las proyecciones razonables de las partes, aun si se trata de un contrato de ejecución instantánea, pero en el que una de sus obligaciones se prolonga en el tiempo, como ocurre en el sub lite, es natural que quede expuesto a los efectos económicos que ello supone. En ese orden, bien podría fundarse una reclamación por desequilibrio contractual, tal y como lo dispone el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, siempre que se cumplan los requisitos señalados por la jurisprudencia para tal fin. Sin embargo, en el sub lite tampoco es posible este reconocimiento, toda vez que en el contrato modificatorio n.° 2 del 11 de abril de 2003, se superó el impase generado por el efecto cambiario que aquí se reclama, sin que el contratista se hubiera opuesto a ese acuerdo, antes por el contrario lo firmó sin salvedad alguna.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente**: **RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá D.C., dos (2) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00848-01(38508)**

**Actor: SOCIEDAD HANSACOL TRADING S.A.**

**Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

*Temas: Acta de liquidación bilateral y sus salvedades; incumplimiento contractual por retención de IVA que hacía parte del precio; intereses moratorios, e imprevisión por efectos cambiarios de la moneda.*

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 26 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual se declaró no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 133 a 148, c. ppal, 2 instancia).

**SÍNTESIS DEL CASO**

A través de la acción de controversias contractuales, la sociedad Hansacol Trading S.A. pretende que se declare el incumplimiento y el desequilibrio contractual en contra de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, dentro del marco del contrato de compraventa n.° 83-CEITE-2002 del 13 de septiembre de 2002.

1. **ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 17 de marzo de 2006 (fl. 18, c. ppal), la sociedad Hansacol Trading S.A. presentó demanda en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en contra de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional (fls. 6 a 18, c. ppal)[[1]](#footnote-1). La anterior acción se fundamentó así:

**1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 8 a 14, c. ppal):

1.1.1. En el año 2002, el Ministerio de Defensa Nacional requirió públicamente la adquisición de sables para oficiales subalternos y sables para oficiales superiores.

1.1.2. El 20 de agosto de 2002, la sociedad Hansacol Trading Ltda. ofertó ante el referido Ministerio 2.503 sables para oficial subalterno, cada uno por un valor de $563.370.07. Una vez surtido el proceso de selección, la demandada le adjudicó a la sociedad actora la compraventa de los sables en los términos ofertados.

1.1.3. Como consecuencia de lo anterior, el 13 de septiembre de 2002, el Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y la sociedad actora suscribieron el contrato 83-CEITE-2002, con el fin de adquirir 2.503 sables, cada uno por un valor de $563.370.07 y, además, un sable para oficial subalterno por valor de $714.79 (sic), para un total de 2.504 sables.

1.1.4. El 7 de noviembre de 2002, a través del modificatorio n.° 1, las partes adicionaron el número de sables a adquirir, el cual quedó en 2.629.

1.1.5. El 11 de abril de 2003, mediante el modificatorio n.° 2, las partes aumentaron nuevamente adicionaron el número de sables a adquirir, que quedó en total en 3.020.

1.1.6. Por medio del modificatorio n.° 3, sin que se indique su fecha en la demanda, se corrió la fecha de entrega de los sables para el 31 de julio de 2003 y, además, se adicionaron 29 sables más.

1.1.7. Con fecha 19 de noviembre de 2003, las partes firmaron un contrato de transacción por intermedio del cual la entidad contratante se comprometió a pagar 50 sables para oficial subalterno al precio de $462.537, como compensación del material que la entidad contratante devolvió porque no cumplía con las normas técnicas.

1.1.8. El 29 de diciembre de 2004, las partes acordaron que los 50 sables del contrato de transacción arriba referido debían entregarse el 31 de marzo de 2005.

1.1.10. La sociedad actora alegó la causación de sobrecostos por las siguientes circunstancias: (i) el aumento del dólar y del euro de $2.663.61 y $2.608, respectivamente, al momento del cierre de la oferta, a $2.843 y 2.961 para el momento del primer giro al exterior. Lo mismo ocurrió para el 24 de diciembre de 2003, fecha del segundo pago, momento para el cual el dólar estaba en $2.806.33 y el euro en $3.489. Lo anterior conllevó una devaluación del precio contractual en un 23.5%, que se tradujo en una pérdida más allá de la utilidad, que se calculó en el 15%; (ii) se entregaron 595 sables más de los contratados inicialmente y por el mismo valor original, con las consecuencias económicas explicadas respecto del alza imprevisible de la moneda extranjera, y, por último, (iii) aseveró que la entidad contratante incumplió el contrato al retener la suma de $72.937.034 por concepto de I.V.A. de 392 sables, factura n.° 156, en tanto ese impuesto no resultaba exigible.

1.1.11. El 4 de octubre de 2005, mediante acta n.° 020, las partes liquidaron de mutuo acuerdo el contrato, pero la contratista dejó salvedad frente a las reclamaciones contenidas en la demanda.

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 6 a 8, 24 y 25, c. ppal):

*DECLARACIONES*

*PRIMERA. Que entre el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, por ende LA NACIÓN, y la sociedad HANSACOL TRADING S.A., antes Limitada, se celebró el CONTRATO DE COMPRAVENTA 83-CEITE-2002.*

*SEGUNDA. Que ha de efectuarse la LIQUIDACIÓN, en DEBIDA FORMA, ESTO ES LA RELIQUIDACIÓN del CONTRATO DE COMPRAVENTA 83-CEITE-2002 CELEBRADO entre el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, por ende LA NACIÓN y la SOCIEDAD HANSACOL TRADING S.A., antes LIMITADA, al haberse incumplido, por causas no imputables a LA CONTRATISTA.*

*TERCERA. Que el CONTRATO DE COMPRAVENTA 83-CEITE-2002 CELEBRADO entre MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL-LA NACIÓN y la SOCIEDAD HANSACOL TRADING S.A. ante LIMITADA, por causas no imputables a LA CONTRATISTA, le ha significado a la sociedad que represento el rompimiento de LA ECUACIÓN ECONÓMICA CONTRACTUAL establecida al momento de la adjudicación y celebración del contrato.*

*CONDENAS*

*Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se hagan las siguientes condenas:*

*PRIMERA.- Se ordene LIQUIDAR, en DEBIDA FORMA, ES DECIR RELIQUIDAR el contrato de compraventa n.° 83-CEITE-2002, sus MODIFICACIONES 1, 2, 3; la TRANSACCIÓN n.° 1 y modificatorio n.° 1 al contrato de transacción.*

*SEGUNDA.- Como consecuencia de la debida reliquidación del contrato de compraventa n.° 83-CEITE-2002, sus MODIFICACIONES 1, 2, 3; la TRANSACCIÓN n.° 1 y su modificatorio n.° 1, se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, al pago de la suma adeudada y no pagada, con motivo del cumplimiento del contrato por parte de mi representada.*

*TERCERA.- Al RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN ECONÓMICA FINANCIERA-EL EQUILIBRIO ECONÓMICO- DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA 83-CEITE-2002 sus modificaciones 1, 2, 3; la transacción n.° 1 y la modificación n.° 1 a la transacción, CELEBRADO entre el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, por ende LA NACIÓN y la SOCIEDAD HANSACOL TRADING S.A. antes LIMITADA, mediante el pago, a la sociedad que represento, de las sumas de dinero que se le adeuda con motivo del cumplimiento, por parte de la actora y determinadas por el incremento del mismo en virtud de los factores ajenos a la voluntad de los contratantes y que constituyeron un detrimento económico.*

*CUARTA. Que en virtud de las anteriores condenas, se condene, también, a la demandada al pago de las sumas por los conceptos que a continuación relaciono, a saber:*

*a) La suma de $72.937.034, saldo por pagar valor factura n.° 156 del 21 de 21/08/2003.*

*b) La suma de $85.084.497 m/cte, a título de intereses de mora, a la tasa del 40% anual, sobre la suma de $72.937.034, saldo adeudado a favor de la CONTRATISTA, causados desde el día 11 de abril de 2003, hasta el día 11 de marzo de 2006. Suma esta a la cual se adicionará la que se siga causando por los intereses que se sigan causando hasta el día en que se cancele la obligación.*

*c) La suma de $331.350.000 mayor costo de los SABLES, en virtud de la variación cambiaria, determinada en un 23.5% y que afectó la utilidad de la CONTRATISTA.*

*d) La suma de $77.097.166.40 por concepto de pérdida equivalente al 23.5% sobre el valor 595 SABLES que la contratista entregó de más de lo pactado.*

*e) Los intereses moratorios sobre la suma determinada por el mayor costo de los SABLES y la pérdida equivalente al 23%, sobre el valor de los 595 SABLES, todo para un total de $408.447.166.40 m/cte, a razón del 40%, tasa anual moratoria, desde el día 4 de octubre de 2005, fecha de la liquidación del contrato, efectuada con las acotaciones anotadas, hasta el día 4 de marzo del año 2006, por la suma de $86.067.725, más los que se sigan causando a partir de la fecha antes señalada hasta cuando se cancele en forma total cantidad base de la liquidación de los intereses.*

*f) Al pago INDEXADO de todas y cada una de las condenas.*

**2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional (fls. 31 a 46, c. ppal) manifestó que estuvo siempre atenta a atender las vicisitudes que presentó el contrato, muestra de esa voluntad fueron las modificaciones de mutuo acuerdo que se suscribieron. Por lo anterior, estimó que las partes se encontraban a paz y salvo por las prestaciones ejecutadas, en los términos de la liquidación bilateral.

La demandada aclaró que los 50 sables reparados fueron devueltos al contratista por defectuosos, razón por la cual esos costos adicionales debieron ser asumidos por el contratista. Además, la contratante no recibió reclamación por este concepto por parte del contratista; en relación con la variación de la Tasa Representativa del Mercado de la moneda internacional señaló que debía probarse. En todo caso, recordó que por el período de septiembre de 2002 al 9 de abril de 2003, la entidad reconoció esa variación, según concepto n.° 157150/CEITE-ASECO-065 del 9 de abril de 2003. De allí en adelante, afirmó que se trataban de situaciones previsibles que el contratista debió considerar en su oferta, además que el precio se pactó de forma fija y en pesos.

Igualmente, destacó que mediante respuesta adiada del 27 de diciembre de 2005, la contratante negó las mismas reclamaciones formuladas por el contratista en esta sede. En esa oportunidad, insistió en que el contratista debía asumir las variaciones del dólar y del euro, en tanto resultan previsibles y, además, el precio se pactó fijo y en pesos colombianos. Señaló que todas las modificaciones se firmaron con el fin de permitirle al contratista cumplir con el objeto contractual y que siempre se hicieron de forma libre e informada. Igualmente, sobre la retención del IVA, aclaró que esa retención debía hacerse en un comienzo, pero que después la normatividad cambió y que se le informó al contratista el trámite que debía surtir para su devolución. Precisó que el contratista planteó como solución la adquisición de más sables con el saldo que arrojaba la exención del IVA, lo cual así se hizo a través de un modificatorio, pero el resto del dinero retenido se remitió a la DIAN.

Finalmente, propuso como excepciones la ineptitud sustantiva de la demanda, en tanto debió demandarse el acta de liquidación bilateral a través de la acción de nulidad, toda vez que se trataba de un acto administrativo.

**3. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, con base en el análisis y crítica de las pruebas decretadas y practicadas, las partes insistieron en sus posiciones (fls. 88 a 131, c. ppal).

1. **LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 26 de noviembre de 2009 (fls. 133 a 148, c. ppal, 2ª instancia), el *a quo* declaró no probada la excepción de inepta demanda y negó las pretensiones de fondo. Para el efecto, sostuvo:

*1. INEPTA DEMANDA, POR CUANTO HA DEBIDO DEMANDARSE EN ACCIÓN DE NULIDAD*

*A juicio de la entidad demandada al proponer una excepción en la contestación de la demanda (…), se configura la inepta demanda (…).*

*Con relación al anterior argumento, la Sala hará las siguientes precisiones:*

*a) La liquidación de los contratos estatales admite varias formas de realizarse en vía administrativa: la liquidación conjunta mediante acta en la cual las partes se declaran mutuamente a paz y salvo; la liquidación conjunta mediante acta en la cual una de las partes consigna salvedades y se reserva el derecho a reclamar judicialmente; mediante acto administrativo de liquidación unilateral.*

*b) En el presente caso, se observa que la liquidación se efectuó de manera conjunta (…). No obstante, la entonces contratista dejó expresas salvedades y se reservó “el derecho de demandar judicialmente el pago de estos conceptos”.*

*c) Debe tenerse en cuenta que el acta conjunta de liquidación goza de la misma naturaleza jurídica del contrato, aspecto que la diferencia de un acto administrativo, el cual es un acto jurídico eminentemente emanado de la unilateral decisoria de la administración.*

*d) En el presente caso, como quiera que el acta de liquidación conjunta no goza de la naturaleza jurídica de un acto administrativo, no era viable recurrir a la acción de nulidad que invoca la parte demandada; es más aún en el caso que la liquidación se hubiera efectuado de manera unilateral, la acción procedente hubiera sido la contractual, así una de las pretensiones fuera la de pedir la nulidad del acto administrativo que contiene dicha liquidación unilateral. Por lo tanto, la acción era la procedente.*

*En consecuencia, el argumento exceptivo de inepta demanda, no está llamado a prosperar.*

*3.1. Del acta de liquidación bilateral del contrato y su incidencia en la reclamación judicial de restablecimiento del equilibrio económico del contrato (…)*

*Ahora bien, en el acta de liquidación quedaron consignadas dos salvedades en los siguientes términos: “Manifiesto mi desacuerdo con la presente acta de liquidación por cuanto la entidad contratante no reconoció el equilibrio económico originado por la diferencia en cambios durante la ejecución del contrato n.° 83-CEITE de 2002, además de no habérsenos reconocido y pagado el valor total del contrato, en consecuencia, me reservo el derecho de demandar judicialmente el pago de estos conceptos”. Se desprende de lo anterior que las salvedades se realizan de manera específica, es decir se trata de dos salvedades claras, concretas y específicas, que definen en cuanto a qué aspectos se centrarían las reclamaciones judiciales futuras, razón por la cual es procedente entrar a realizar el estudio del desequilibrio de la ecuación contractual.*

*No obstante, se debe precisar que el estudio del desequilibrio económico solo procede respecto de dos de los tres aspectos contenidos en las pretensiones de la demanda.*

*En efecto, en la pretensión cuarta, la demanda, ratificada en el escrito de corrección y aclaración, reclama tres conceptos:*

*a) El saldo por pagar de la factura 0156 del 21 de agosto de 2003, por valor de $72.937.034, más intereses moratorios y actualización.*

*b) El mayor costo de los sables por la variación cambiaria, por $331.350.000, más intereses moratorios y actualización;*

*c) La pérdida sobre el valor de 595 sables que entregó de más a lo pactado, por $77.097.166.40, más intereses moratorios y actualización. Se aclara que el número correcto de incremento en las unidades a entregar es de 596.*

*Al confrontar los tres conceptos reclamados, con el texto expreso que el contratista consignó al manifestar su desacuerdo con el acta de liquidación bilateral, se observa que el contratista no incluyó en las salvedades el concepto referido a los sables que dice haber entregado de más a lo pactado.*

*Así las cosas, sobre este tercer concepto de las pretensiones sobre el que el contratista no realizó ningún tipo de salvedad específica en el acta de liquidación bilateral, no es procedente realizar, ni analizar en esta instancia judicial, reclamación alguna.*

*Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara, que las salvedades dejadas en el acta de liquidación bilateral del contrato, permiten la procedencia del estudio de este tercer concepto que se presentó en las pretensiones de la demanda, de igual forma la parte actora no tendría derecho alguno sobre lo que reclama, toda vez que la entrega de los sables a que hace referencia, se debió a acuerdo suscritos en ejercicio de su voluntad contractual, libre y autónoma, máxime cuando no imputa ningún cargo de vicio del consentimiento otorgado con la suscripción de los diferentes documentos contractuales, ni aporta prueba alguna sobre la pérdida que dice haber sufrido.*

*La mayor cantidad de sables para oficial subalterno que dice haber entregado de más la parte actora, fue acordada entre los contratantes así:*

*Contrato modificatorio 01: por cambio en la forma de pago 125*

*Contrato modificatorio 02: a cambio del IVA 391*

*Contrato modificatorio 03: compensación: 29*

*Contrato de transacción: compensación por incumplimiento 50*

*Lo anterior demuestra que la contratista se limitó a entregar, única y estrictamente, la cantidad de sables para oficial subalterno que fueron convenidos con el Ejército Nacional en los diferentes documentos contractuales, suscritos todos ellos en ejercicio de su libre y autónoma voluntad, sin que por otra parte haya aducido –y menos, probado- vicio de consentimiento alguno. En cada caso, asumió el costo de su entrega en la forma acordada en el respectivo contrato modificatorio y de transacción. Finalmente, ninguna prueba aportó la parte actora tendiente a demostrar el pago que hizo sobre los costos que debió asumir para la entrega de los sables para oficial subalterno que dice haber entregado por encima de lo convenido con la demandada. (…)*

Más adelante, el *a quo*, al abordar la reclamación por la devolución del IVA, señaló su improcedibilidad. Para el efecto, explicó que las partes originalmente grabaron la venta con ese impuesto, pero que después, al darse cuenta de una exención, procedieron a aplicarla por medio del modificatorio n.° 2 del 11 de abril de 2003. En ese modificatorio también se adicionaron el número de sables con cargo al saldo resultante por la exclusión del IVA.

Ahora, como quiera que, para cuando se firmó el modificatorio, la contratante ya había consignado esos dineros a nombre de la DIAN, el *a quo* consideró que se hizo bien al no incorporarlos dentro del cruce del contrato contenido en la liquidación bilateral, por cuanto, la cuestión se reducía a determinar quién debía reclamar la devolución de esos dineros ante la autoridad de impuestos, cuestión que en su criterio se escapaba al ámbito contractual.

Frente a la variación del dólar y del euro con respecto al valor inicialmente pactado en el contrato, el *a quo* explicó que las partes acordaron que el precio incluía todo aspecto que pudiera impactarlo negativamente (cláusula segunda). De igual forma, el objeto del contrato se entregaría un año y cuatro meses después (cláusula cuarta). En esos términos, el contratista debió prever una posible alza en el dólar y el euro, además que en los adicionales no dejó ninguna salvedad sobre este particular.

**III. SEGUNDA INSTANCIA**

**1. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló la decisión del *a quo* (fls. 151 a 164, c. ppal, 2ª instancia)[[2]](#footnote-2). Para el efecto, sostuvo:

(i) Sí existieron salvedades frente a los sables entregados de más. En tal sentido, la recurrente precisó que lo reclamado aquí es el efecto económico que tuvo la variación del dólar y del euro en el precio del contrato. Por consiguiente, las cantidades adicionales fueron pactadas entre las partes, pero esas unidades adicionales también resultaron afectadas por las variaciones del precio por el efecto cambiario de la moneda. Bajo esa precisión, estimó que al salvar en la liquidación el valor de todo lo pactado en el contrato, también se incorporó la reclamación aquí explicada. En conclusión, solicitó que se reconociera el valor de $77.097.166.40, por la variación de los precios de la moneda internacional.

(ii) Sobre la retención del IVA, explicó que las partes al percatarse de la existencia de una exención frente a ese impuesto decidieron adicionar el contrato para aplicarla. Ahora, con el fin de paliar el efecto que tuvo en el precio la aplicación de la referida exención, toda vez que quedó un saldo, las partes acordaron la compra de más sables, 391 adicionales. De esa forma, se mantuvo el mismo precio original del contrato. Lo anterior se consignó en la modificación n.° 2 del 11 de abril de 2003; sin embargo, las sumas ya retenidas por la contratante fueron consignadas a nombre de la DIAN. El problema entonces fue quién debía solicitar la reclamación de esos dineros. A juicio de la recurrente, esa obligación recayó en cabeza de la entidad contratante, toda vez que era la obligada a realizar el pago de los bienes entregados. En ese orden, como se incumplió esa obligación de carácter contractual, que no tributario, como lo afirmó el *a quo*, se impone el pago de la misma en los términos pretendidos en la demanda. Además, sostuvo que los dineros pagados por concepto de IVA a la DIAN son de la demandada y, por consiguiente, es quien debía reclamarlos.

En este punto, también se apartó de la aclaración de voto del magistrado Alfonso Sarmiento Castro, en tanto las sumas retenidas y pagadas a la autoridad de impuestos no salieron de la esfera contractual, como lo afirmó la aclaración, sino que hacían parte del precio pactado.

(iii) Por último, en cuanto a la variación de la moneda internacional, la recurrente sostuvo que en la solicitud de la oferta, la demandada limitó los incrementos en los precios del mercado en un porcentaje superior al 2.5%, so pena de no calificarse económicamente. Lo anterior supuso la imposibilidad de incorporar todos los imprevisibles económicos, como el cambiario aquí reclamado. Esa situación fue tan grave que significó para el contratista un deterioro económico del 23.5% en la totalidad del negocio, que le hizo perder al contratista hasta su utilidad. Los anteriores cálculos están respaldados en la prueba pericial obrante en el proceso.

**2. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, la parte demanda reiteró los argumentos de su defensa (fls. 173 a 188, c. ppal, 2ª instancia).

1. **CONSIDERACIONES**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

1.1.1. En tanto uno de los extremos es una entidad pública, la Nación, es esta la jurisdicción a quien le corresponde asumir el presente asunto.

1.1.2. Ahora, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en tanto la cuantía del asunto así lo impone[[3]](#footnote-3).

1.1.3. De otro lado, el incumplimiento y el desequilibrio contractual pueden demandarse a través de la acción contractual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

**1.2. La legitimación en la causa**

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos de las relaciones contractuales en estudio.

**1.3. La caducidad**

Con solo tomar, la fecha de la liquidación bilateral, 4 de octubre de 2005 (fl. 141, c. 3), y la de la presentación de la demanda, el 17 de marzo de 2006 (fl. 18, c. ppal), fuerza concluir que la acción se presentó en tiempo[[4]](#footnote-4).

**2. EXCEPCIONES**

La parte demandada propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto sostuvo que debió demandarse el acta de liquidación bilateral. En tal sentido, el *a quo* consideró que la acción era la procedente, toda vez que la liquidación bilateral no era un acto administrativo para que se demandara a través de los contenciosos de anulación.

Ahora, si bien frente a lo anterior la recurrente no mostró inconformidad, lo cual releva a la Sala para volver sobre esa cuestión, sí lo hizo en relación con el alcance de la salvedad incorporada en el acta de liquidación bilateral, toda vez que con ese argumento el *a quo* le negó una de sus pretensiones económicas. En esos términos, la Sala debe estudiar de oficio si existen salvedades, en tanto de ellas depende la posibilidad de analizar de fondo el presente asunto.

En tal sentido, se observa que la salvedad incorporada por la contratista en el acta de liquidación bilateral del 4 de octubre de 2005 es del siguiente tenor literal (fl. 145, c. 3):

*MANIFIESTO MI DESACUERDO CON LA PRESENTE ACTA DE LIQUIDACIÓN POR CUANTO LA ENTIDAD CONTRATANTE NO RECONOCIÓ EL EQUILIBRIO ECONÓMICO ORIGINADO POR LA DIFERENCIA EN CAMBIO DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO N.° 83 CEITE DE 2002, ADEMÁS DE NO HABERSE RECONOCIDO Y PAGADO EL VALOR TOTAL DEL CONTRATO, EN CONSECUENCIA, ME RESERVO EL DERECHO DE DEMANDAR JUDICIALMENTE EL PAGOS DE ESTOS CONCEPTOS.*

En esa dirección, las pretensiones de la demanda se pueden agrupar así: (i) el incumplimiento por la falta de pago de lo retenido por la demandada por concepto de IVA y que fue pagado a la DIAN y (ii) el desequilibrio generado como consecuencia de la variación cambiaria de la moneda internacional. En este último, se pidió en relación con los sables inicialmente contratados y los que después se adicionaron.

La apelación, además de clarificar aún más estas peticiones, se centra en obtener su reconocimiento.

De conformidad con lo expuesto, se impone concluir que las pretensiones de la demanda y la apelación se pueden encuadrar sin mayor esfuerzo en la salvedad incorporada en la liquidación bilateral. En efecto, de la simple lectura es claro que las variaciones cambiarias que hoy se reclaman como desequilibrio quedaron salvadas de la liquidación, al igual que lo retenido por concepto de IVA, en tanto se aduce como parte del precio pactado, razón por la que, en principio, podría resultar parte de las obligaciones insolutas que quedaron a salvo. En todo caso, esto último se definirá al desatar el fondo del presente asunto.

**3. EL PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en dilucidar si se demostró el incumplimiento y el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato de compraventa n.° 83-CEITE-2002 del 13 de septiembre de 2002 alegado por la parte actora.

**4. LA CUESTIÓN DE FONDO: EL INCUMPLIMIENTO Y EL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL**

**4.1. De los hechos probados**

Es dable aclarar que las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Igualmente, es preciso advertir que algunos documentos fueron allegados en copia simple, pero los mismos no fueron tachados por las partes, razón por la cual se valorarán sin otra consideración, conforme la Sección lo tiene establecido[[5]](#footnote-5).

4.1.1. En la solicitud de oferta n.° 146 del 26 de julio de 2002, el Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional realizó invitación pública para adquirir, entre otros, sables para oficial subalterno por valor de $1.410.116.000. En todo caso, en el referido documento se consignó que si *“el oferente presenta propuesta que sobrepase el presupuesto oficial estimado el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL podrá requerir disminución de la cantidad hasta lograr el ajuste de dicho presupuesto sin que se afecte la calidad del material ofrecido”* (fl. 2, c. 3). En capítulo III, sobre los aspectos económicos, el documento en cita exigió (fls. 10 a 12, c. 3):

*Junto con la presentación de la oferta, el proponente deberá allegar los siguientes documentos: Cuadro de precios los cuales deben ser fijos y firmes de acuerdo al ANEXO 3:*

*Especificar claramente los impuestos, financiación o cualquier otro aspecto que pueda variar los valores parciales o totales de la misma. Se advierte que el oferente asume en forma exclusiva la responsabilidad sobre los costos que conlleva la presentación de su oferta. Con la presentación de la misma, se entiende que el proponente ha incluido dentro del precio los costos proyectados al plazo de ejecución del contrato y que dentro del mismo se encuentra la utilidad razonable que espera recibir. (…)*

*FACTORES DE EVALUACIÓN ECONÓMICA (…)*

*El Comité Económico realizará los estudios con base en los precios históricos y/o de mercado. Las ofertas que presenten incrementos injustificados de los precios superiores al 2.5% con respecto de los precios históricos y/o de mercado no se les otorgará puntaje económico. Este será un factor determinante que incidirá en la elección del oferente y por ende en la adjudicación del presente proceso. (…)*

*FINANCIACIÓN (factor excluyente)*

*La tasa máxima de financiación aceptada es del 16% efectiva anual y sus equivalentes de acuerdo con el período a financiar. (…)*

*LUGAR, PLAZO Y PORCENTAJE DE ENTREGA (Factor excluyente)*

***Los elementos se entregarán libre de todo impuesto y gravamen*** *en la ciudad de Bogotá D.C. Batallón de Abastecimientos Almacén de Oficiales y Suboficiales ubicado en la carrera 50 n.° 18-92. (…)*

*MONEDA EN LA QUE DEBE EXPRESARSE EL VALOR DE LA OFERTA (Factor excluyente)*

***Valor de la oferta debe presentarse en pesos colombianos****.*

*FORMA DE PAGO: (Factor excluyente)*

*El Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional se obliga a pagar el valor del presente contrato así:*

*El 100% del valor, es decir, la suma de $1.410.116.000 para sables oficial subalterno (…)* ***se cancelará en el mes de noviembre de 2003****, previo cumplimiento y el trámite administrativo a que hubiere lugar específicamente la situación de recursos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección del Tesoro Nacional.*

*NOTA: Se debe especificar claramente el valor unitario base, el porcentaje y el valor en pesos de la financiación y sobre estos calcular el I.V.A. del 16% de acuerdo al Anexo 3 establecido en los términos de referencia. (…).*

4.1.2. En la propuesta de la sociedad actora se consignó como precio para cada uno de los sables para oficial subalterno la suma de $563.370.07, incluida financiación e IVA. El valor total de la oferta, incluidos todos los costos directos e indirectos, fue de $1.410.115.285.21, para 2.503 sables (fl. 68, c. 3). En tal sentido, en el anexo 3 de la propuesta de la actora se consignó (fl. 77, c. 3):

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| ***ANEXO 3*** | | | | | | |
| ***CUADRO DE PRECIOS EN PESOS COLOMBIANOS*** | | | | | | |
| ***ÍTEM*** | ***CANTIDAD*** | ***VR. UNITARIO ACTUAL*** | ***FINANCIACIÓN*** | ***IVA 16%*** | ***VR. UNITARIO TOTAL*** | ***VR. TOTAL OFERTA*** |
| *Sables para oficial subalterno* | *2.503* | *$462.537* | *5% = $23.126.85* | *$77.706.22* | *$563.370.07* | *$1.410.115.285.21* |

La tasa representativa del dólar fue calculada en $2.700. El precio unitario de los sables de $462.537 se desagregó así (fl. 78, c. 3):

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| ***ANEXO 3*** | | | | | | | | |
| ***CUADRO DE PRECIOS OFERENTE NACIONAL MATERIAL IMPORTADO*** | | | | | | | | |
| ***ÍTEM*** | ***CANTIDAD*** | ***VR. UNITARIO FOB*** | ***FLETES*** | ***SEGUROS*** | ***VALOR UNITARIO*** | ***ARANCEL*** | ***BODEGAJE*** | ***OTROS GASTOS DESAGRE-GADOS*** |
| *1[[6]](#footnote-6)* | *2.503* | *US$124* | *3%=*  *$10.044* | *5% =*  *$1.674* | *$346.518* | *20%=*  *$69.303.60* | *0.4%=*  *$1.386.07* | *$45.329.33* |

4.1.3. El 6 de septiembre de 2002, la Unidad Asesora de Contratación recomendó al Coronel Intendente General del Ejército Nacional adjudicar los sables para subalterno a la sociedad actora (fl. 147, c. 3).

4.1.4. El 13 de septiembre de 2002, el Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional y la sociedad Hansacol Trading Ltda. suscribieron el contrato de compraventa n.° 83-CEITE-2002. El número de sables comprados inicialmente fue de 2.504 (cláusula primera). De sus cláusulas se destacan (fls. 146 a 159, c. 3):

*CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO: EL CONTRATISTA vende al M.D.N.-EJÉRCITO NACIONAL la cantidad de 2.503 sables para oficial subalterno a un costo unitario base de $462.537.00, con una tasa de financiación del 5% que corresponde a la suma de $23.126.85, más el 16% del IVA que equivale a $77.706.22 para un valor total unitario de $563.370.07 y un (1) sable para oficial subalterno en la suma de $714.79 incluida la financiación y el I.V.A., para completar el valor del presupuesto oficial destinado para este ítem (…). CLÁUSULA SEGUNDA.- VALOR: El valor del presente contrato es por la suma de UN MIL CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES CIENTO DIECISÉIS MIL PESOS ($1.410.116.000) M/CTE, incluida la financiación y el IVA. Este valor incluye el costo del MATERIAL en el exterior, los impuestos, aranceles y demás costos que se ocasionen tanto en el país de original como en Colombia, así como los fletes, seguros, bodegajes y cualquier otro gasto que demande el MATERIAL hasta la entrega en el almacén de oficial y suboficiales (…). Todos los precios aquí contemplados se entienden firmes y fijos y por lo tanto no están sujetos a ninguna clase de reajuste. Igualmente dentro de este precio, van incluidos los costos proyectados al plazo de ejecución del presente contrato y la utilidad razonable que el CONTRATISTA pretende obtener, en consecuencia, no se aceptarán solicitudes de reajustes de precios, invocados con base en estas circunstancias. CLÁUSULA TERCERA.- FORMA Y CONDICIONES DE PAGO: El MDN EJÉRCITO NACIONAL se obliga para con el CONTRATISTA a pagar el valor del presente contrato, o sea la suma de UN MIL CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES CIENTO DIECISÉIS MIL PESOS ($1.410.116.000) M/CTE, mediante giro directo a favor de HANSACOL TRADING LTDA. a la cuenta corriente (…) en el mes de noviembre de 2003, previo el recibo de la totalidad del MATERIAL a satisfacción del MDN-EJÉRCITO NACIONAL y cumplimiento de los trámites administrativos a que haya lugar, especialmente el de la situación efectos de los recursos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección del Tesoro Nacional. PARÁGRAFO: En el caso de que al MDN-EJÉRCITO NACIONAL le sean situados recursos que le permitan efectuar pagos con anterioridad al plazo establecido en la presente cláusula, el CONTRATISTA se compromete para con el MDN-EJÉRCITO NACIONAL a compensar y entregar en material por el valor equivalente a los intereses de financiación no causados, según la siguiente fórmula: financiación no causada=valor de pago adelantado (...)* [en adelante se explica la fórmula y, además, diferentes escenarios para su aplicación] *(…) CLÁUSULA CUARTA: DESCRIPCIÓN Y CARACTERÍSTICAS: El MATERIAL objeto del presente contrato se entiende nuevo y fabricado en el año 2002 de acuerdo con las descripciones y especificaciones técnicas consignadas en el anexo n.° 1 de los términos de referencia para la solicitud de oferta n.° 146/2002, en la oferta del CONTRATISTA, en la muestra evaluada técnicamente y la NTM 3-0-0150 1ª, revisión, anexo de revisión y errata, para sables para oficial subalterno y suboficial que hacen parte integral del presente contrato. (…). PARÁGRAFO ÚNICO: El CONTRATISTA entregará el MATERIAL al MDN-EJÉRCITO NACIONAL libre de faltantes, desperfectos y limitaciones. En caso de que el CONTRATISTA incumpla lo previsto en esta cláusula, el MDN-EJÉRCITO NACIONAL se reserva la facultad de rechazar el MATERIAL y de imponer las sanciones pertinentes que más adelante se establecen y convienen. En este evento la entrega no tendrá el efecto legal o contractual alguno* (sic). *El CONTRATISTA hará la reposición del material que no cumpla con las especificaciones técnicas requeridas en la norma técnica militar. CLÁUSULA QUINTA- PLAZO DE ENTREGA: El CONTRATISTA entregará al MDN-EJÉRCITO NACIONAL la totalidad de MATERIAL relacionado en la cláusula primera de este contrato en el almacén de oficiales y suboficiales (…), con plazo máximo el 21 de mayo de 2003 libro de todo impuesto y gravamen (…) CLÁUSULA SEXTA.- DURACIÓN: La duración del presente contrato se extenderá desde su perfeccionamiento y hasta sesenta días (60) calendario adicionales a la fecha de pago de que trata la cláusula tercera. (…) CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA. DERECHOS E IMPUESTOS: Queda entendido que todos los derechos e impuestos que deban pagarse por razón o con ocasión de este contrato, establecidos o que se establezcan en el país, de acuerdo con las leyes colombianas, serán a cargo del CONTRATISTA (…). CLÁUSULA DÉCIMA: SANCIONES: (…) b) En el evento de presentarse mora en los pagos, de conformidad con lo previsto en la cláusula tercera del presente contrato, el MDN-EJÉRCITO NACIONAL a solicitud del CONTRATISTA le reconocerá intereses de mora, a una tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado, en calidad de indemnización de perjuicios totales. (…)*

4.1.5. El 7 de noviembre de 2002, las partes suscribieron el contrato modificatorio n.° 1. Esa modificación se justificó en la disponibilidad de recursos por la suma de $705.058.000, antes de lo previsto contractualmente. Fue así como se modificó la forma de pago para establecer un anticipo del 50% del valor del contrato, esto es, por el valor de la suma anteriormente referida, pagadera en diciembre de 2002, y el 50% restantes pagaderos dentro de los 90 días siguientes a la entrega total del material a satisfacción. Vale aclarar que el valor original del contrato se mantuvo igual, es decir, la suma de $1.410.116.000. Lo anterior en aplicación de lo dispuesto en el parágrafo de la cláusula tercera, que imponía la compensación con más sables por la financiación no causada por pago anticipado. En consecuencia, la cantidad de sables a suministrar varió de 2.504, originalmente pactados, a 2.629, es decir, se adicionaron 125 sables. El precio de los sables quedó así: (i) 2.628 por un valor $536.542.92 y 1 sable por $81.206.24, precios con IVA incluido (fls. 160 a 164, c. 3).

4.1.6. El 1 de diciembre de 2002, la entidad contratante el canceló a la contratista el 50% del valor del contrato por concepto de anticipo. Igualmente, le hizo una retención por concepto de IVA por la suma de $72.937.034 (fl. 197, c. 3, certificado de egreso de fondos n.° 499).

4.1.7. El 16 de enero de 2003, la demandada declaró el IVA retenido al contratista mediante declaración identificada con el *sticker* 13310010551561 (fls. 338 y 339, c. 3).

4.1.8. El 11 de abril de 2003, las partes firmaron el contrato modificatorio n.° 2 para suprimir el cobro del IVA, adquirir 391 sables más y variar la fecha de entrega, con base en las siguientes consideraciones y cláusulas (fls. 165 a 168, c. 3):

*h) Que como consecuencia de todo lo anterior, está plenamente demostrado que dentro del costo total del contrato n.° 83-CEITE-2002, está incluido el valor del IVA y que los sables para oficial subalterno relacionados en el objeto de la cláusula primera tanto del contrato principal n.° 83-CEITE-2002 como de su modificatorio n.° 1, están exentos del pago del impuesto al valor agregado (IVA), razón por la cual en el mencionado contrato se deben modificar las cláusulas primera “OBJETO”, segunda “VALOR” y quinta “PLAZO DE ENTREGA”, para excluir el valor del IVA e incrementar la cantidad de material resultante de la liquidación por el no pago del citado valor agregado. i) Que el CONTRATISTA en carta del 28 de marzo de 2003[[7]](#footnote-7) propuso al señor Coronel Intendente General del Ejército, una compensación de doscientos sesenta (260) unidades de sables para oficial subalterno a cambio del valor no causado por pago del IVA y de las pérdidas ocasionadas por el aumento inesperado de la devaluación del peso colombiana frente a la tasa representativa del mercado (TRM), que de un 13% anual esperado, al momento se halla en un 30% anual, presentando un resumen de la variación de la mencionada TRM con relación al dólar y al EURO, moneda esta última con la cual se hace la importación, por cuanto los sables provienen de Alemania. Así mismo, en carta del 10 de abril de 2003 solicitó se le permita entregar la totalidad del material en una sola entrega el 15 de julio de 2003, teniendo en cuenta el incremento de 391 sables por la no causación del IVA. j) Que el señor Teniente Coronel Director de Intendencia del Ejército con oficio n.° 140870 JELOG-CEITE-DINTR-SA-065 del 11 de abril de 2003 informó a la Asesoría Jurídica de la Intendencia General del Ejército que la entrega de los 2.629 sables relacionados en la cláusula primera del contrato modificatorio n.° 1 deben ser entregados el 21 de mayo de 2003 tal como está pactado en el contrato n.° 83-CEITE-2002 para no afectar los planes de distribución de esa Dirección y que los 391 sables correspondientes a la compensación por la causación del IVA, deben entregarse con plazo 15 de julio de 2003. k) Que el presente contrato modificatorio se suscribe de acuerdo con la autonomía de la voluntad de que trata el inciso 2º del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el concepto de la asesoría jurídica n.° 160159 CE-CEITE-ASJUR-023 del 04 de abril de 2003, concepto del Comité económico n.° 149674 CEITE-DICEX-IMP-023 de fecha 09 de abril de 2003. i) Que quienes suscriben el presente contrato modificatorio se encuentran debidamente facultados para ello y por lo tanto pueden obligarse y comprometerse amplia y suficientemente, todo lo cual se acredita con los documentos que se anexan y que hacen parte del contrato n.° 83-CEITE-2002. (…) CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: Modifícase la cláusula primera tanto del contrato n.° 83-CEITE-2002 como de su modificatorio n.° 1, la cual quedará así: EL CONTRATISTA vende al MDN-EJÉRCITO NACIONAL la cantidad de 2628 unidades de sables para oficial subalterno a un costo unitario base de $462.537, 391 unidades de sables para oficial subalterno a un costo unitario base de $496.949.75 y un sable para oficial subalterno en la suma de $261.411.75 para completar el valor del presupuesto oficial destinado para este ítem, en adelante el MATERIAL. (…) PARÁGRAFO: El material relacionado en el presente contrato está exento del pago del impuesto del valor agregado (IVA), por estar clasificado dentro de las subpartidas arancelarias contenidas en el capítulo 93 del Arancel de Aduanas “armas, municiones, sus partes y accesorios”, de acuerdo con el artículo 428 del Estatuto Tributario y a la Circular Externa n.° 068 del 26 de agosto de 2002 del Ministerio de Comercio Exterior y de los conceptos de normatividad y doctrina Tributaria n.° 009682 de septiembre de 1999, 0538/2001 y 002660 del 19 de enero de 2002 expedidos por la DIAN. CLÁUSULA SEGUNDA. PLAZO DE ENTREGA. Modifícase parcialmente la cláusula quinta del contrato de compraventa n.° 83-CEITE-2002, en el sentido de que la entrega del material será en las fechas y de acuerdo con las cantidades que se indican a continuación:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***DESCRIPCIÓN*** | ***21-MAY-03*** | ***15-JUL-03*** | ***TOTAL*** |
| *Sables para oficial subalterno* | *2.639* | *391* | *3.020* |

*(…) CLÁUSULA SÉPTIMA: Las demás cláusulas, parágrafos, términos y condiciones del contrato n.° 83-CEITE-2002 y del contrato modificatorio n.° 01 a dicho contrato que no hayan sido modificados y/o adicionados con el presente contrato modificatorio, continúan vigentes y son de obligatorio cumplimiento.*

4.1.9. El 23 de julio de 2003, mediante contrato modificatorio n.° 3, las partes modificaron el plazo de entrega de los plazos por solicitud del contratista, quien adujo la imposibilidad de cumplir con lo pactado, debido al daño de una maquinaria utilizada en la fabricación de los sables, para lo cual anexó comunicación escrita del fabricante[[8]](#footnote-8). En consecuencia, la entrega de los 391 sables quedó para el 31 de julio de 2003. Además, el contratista, sin costo adicional para la contratante y en compensación por los perjuicios ocasionados con la prórroga se comprometió a entregar 29 sables más para el 14 de noviembre de 2003 por valor de $14.610.322.65 (fls. 169 a 171, c. 3).

4.1.10. El 19 de noviembre de 2003, las partes suscribieron el contrato de transacción n.° 1 con el fin de compensar los incumplimientos del contratista en relación con las calidades de los sables entregados. Para tal fin, el contratista se comprometió a entregar 50 sables a la contratante por valor de $23.126.850 para el 30 de junio de 2004 (fls. 172 a 175, c. 3). El 29 de diciembre siguiente, las partes modificaron la referida transacción para ampliar la fecha de entrega de los 50 sables para el 31 de marzo de 2005 (fls. 176 a 178, c. 3).

4.1.11. El 18 de diciembre de 2003, la contratante canceló al contratista el saldo del valor del contrato, es decir, la suma de $705.058.000, equivalente al 50% del valor total. En esta oportunidad, la demandada se abstuvo de efectuar retención por IVA (fl. 198, c. 3, certificado de egresos de fondo n.° 415).

4.1.12. El 4 de octubre de 2005, las partes declararon liquidado bilateralmente el contrato n.° 83-CEITE-2002, así:

*LIQUIDACIÓN-RECEPCIÓN MATERIAL:*

*El material se recibió y fue dado de alta por el Almacenista de Oficiales y Suboficiales del Batallón de Abastecimientos, así:*

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| ***Elemento*** | ***Cantidad*** | ***Acta de recepción*** | ***n.° Alta*** | ***n.° factura*** | ***Valor entregado*** |
| *Sables para oficial subalterno* | *2.629* | *1625*  *21-MAY-03* | *658282*  *27-AGOS-03* | *-* | *1.215.808.647.75* |
| *Sables para oficial subalterno* | *391* | *2628*  *18-NOV-03* | *673718*  *12-DIC-03* | *0156* | *194.307.352.25* |
| *TOTAL* | *3.020* |  |  |  | *1.410.116.000* |

*CONTRATO MODIFICATORIO n.° 3 COMPENSACIÓN*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| ***Elemento*** | ***Cantidad*** | ***Acta de recepción*** | ***n.° Alta*** | ***Valor entregado y dado de alta*** |
| *Sables para oficial subalterno* | *29* | *2136*  *04-SEP-03* | *673717*  *16-DIC-03* | *14.610.322.65* |
| *TOTAL* | *29* |  |  | *14.610.322.65* |

*CONTRATO MODIFICATORIO n° 1 AL CONTRATO DE TRANSACCIÓN n.° 1*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| ***Elemento*** | ***Cantidad*** | ***Acta de recepción*** | ***n.° Alta*** | ***Valor entregado y dado de alta*** |
| *Sables para oficial subalterno* | *50* | *1091*  *29-MAR-05* | *734729*  *06-ABR-05* | *23.166.850* |
| *TOTAL* | *50* |  |  | *23.126.850* |

*(…) 6. PAGOS EFECTUADOS: El Ministerio de Defensa Nacional realizó los pagos al contrato de acuerdo al siguiente detalle:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Valor contrato*** |  | ***$1.410.116.000*** |
| *Valor girado para cancelar un pago anticipado del 50% del contrato, según egresos de fondo n.° 499 del 1 de diciembre de 2002* | *705.058.000* | *-* |
| *Valor girado para cancelar el saldo del contrato, según egresos de fondos n.° 415 del 18 de diciembre de 2003* | *705.058.000* | *-* |
| ***SUMAS IGUALES*** | *1.410.116.000* | *1.410.116.000* |

*BALANCE*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *VALOR DEL CONTRATO* |  | *1.410.116.000* |
| *VALOR TOTAL ENTREGADO CONTRATO* | *1.410.116.000* | *1.410.116.000* |
| *SUMAS IGUALES* | *1.410.116.000* | *1.410.116.000* |

*BALANCE MATERIAL RECIBIDO COMPENSACIÓN*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *TOTAL CONTRATO MODIFICATORIO N.° 3* |  | *14.610.322.65* |
| *TOTAL CONTRATO MODIFICACIÓN 1 AL TRANSACCIÓN N.° 1* |  | *23.126.850.00* |
| *TOTAL MATERIAL ENTREGADO TRANSACCIÓN N.° 3* | *14.610.322.65* |  |
| *TOTAL CONTRATO ENTREGADO MODIFICATORIO 1 AL TRANSACCIÓN N.° 1* | *23.126.850.00* |  |
| ***SUMAS IGUALES*** | *37.737.172.65* | *37.737.172.65* |

*(…) En consideración a lo anteriormente expuesto y de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, mediante la presente acta acordamos liquidar definitivamente el contrato de compraventa n.° 83-CEITE/2002, modificado n.° 1, 2 y 3, contrato transacción n.° 1 y contrato modificatorio n.° 1 al contrato de transacción n.° 1, declaramos que nos encontramos a paz y salvo por todo concepto respecto de las obligaciones mutuas consagradas en el contrato. (…)*

*\**[Salvedad del contratista] *MANIFIESTO MI DESACUERDO CON LA PRESENTE ACTA DE LIQUIDACIÓN POR CUANTO LA ENTIDAD CONTRATANTE NO RECONOCIÓ EL EQUILIBRIO ORIGINADO POR LA “DIFERENCIA EN CAMBIO DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO N.° 83CEITE DE 2002. ADEMÁS DE NO HABÉRSENOS RECONOCIDO Y PAGADO EL VALOR TOTAL DEL CONTRATO, EN CONSECUENCIA, ME RESERVO EL DERECHO DE DEMANDA JUDICIALMENTE EL PAGO DE ESTOS CONCEPTOS.*

4.1.13. El 12 de octubre de 2005, la demandada formuló consulta a la DIAN con el fin de determinar la procedibilidad de la devolución del dinero retenido por IVA al contratista y pagado mediante declaración identificada con el *sticker* 13310010551561 del 16 de enero de 2003 (fls. 338 y 339, c. 3). El 9 de diciembre de 2005, mediante correo electrónico, el Grupo de Devoluciones de la DIAN respondió (fl. 340, c. 3):

*(…) no es procedente la devolución, primero y si bien es cierto y de acuerdo al literal d) del art. 428 sobre las importaciones de armas y municiones que se hagan para la defensa nacional no causal el impuesto sobre las ventas, en esta caso el Reteiva que se practicó fue improcedente, lo primero que debió hacerse fue haber corregido la declaración de Iva con base en lo señalado en el art. 589 del E.T., teniendo en cuenta el art. 714 del mismo estatuto a la fecha esta declaración estaría en firme: La declaración tributaria quedará en firme, si dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha del vencimiento de plazo para declarar, no se ha notificado requerimiento especial. Cuando la declaración inicial se haya presentado en forma extemporánea, los dos (2) años se contarán a partir de la fecha de presentación de la misma; en igual sentido el art. 746 del Estatuto Tributario: presunción de veracidad: se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las correcciones a las mismas; finalmente si se estuviera dentro del tiempo legal establecido quien debe presentar la solicitud de devolución es la sociedad quien presentó la declaración de retención ante la administración y según el caso, Grandes Contribuyentes o personas jurídicas donde se presentó la declaración. (…)*

4.1.14. El 27 de diciembre de 2005, mediante oficio CEITE-ASJ-023 (fls. 341 a 344, c. 3), la demandada, además de reproducir la respuesta arriba transcrita, señaló a la actora la improcebilidad de devolver el IVA, toda que *“el contratista ha debido acercarse a la DIAN a reclamar ese dinero con la certificación de pago emitida por la Tesorería Principal del Comando Ejército a la DIAN, para obtener la correspondiente devolución o para que mediante cruce de cuentas con la declaración de impuestos se deduzca lo correspondiente”* (fl. 344, c. 3).

**4.2. Del análisis particular del incumplimiento imputado: la devolución del IVA retenido por la contratante**

4.2.1. *Del análisis probatorio.* Vale recordar que este análisis gira alrededor del incumplimiento por la falta de pago de lo retenido por la demandada al contratista por concepto de IVA y que fue pagado a la DIAN.

En tal sentido, se tiene que desde la solicitud de oferta n.° 146 del 26 de julio de 2002 se exigió que el precio de los sables incorporaran el IVA del 16% (fl. 13, c. 3). Por su parte, en su oferta, el contratista aceptó esa exigencia al cuantificar como precio para cada uno de los sables la suma de $563.370.07, incluida la financiación y el IVA (fl. 68, c. 3). El 13 de septiembre de 2002, al suscribir el contrato de compraventa respectivo, las partes ratificaron ese compromiso en la cláusula primera (fl. 147, c. 3). Fue así como el 1 de diciembre de 2002, al cancelar al contratista el 50% del valor del contrato a título de anticipo, la demandada procedió a efectuar la retención del IVA por $72.937.034 (fl. 197, c. 3), suma que declaró y pagó ante la DIAN el 16 de enero de 2003 (fls. 338 y 339, c. 3).

Con posterioridad, más exactamente el 11 de abril de 2003, mediante el contrato modificatorio n.° 2, las partes suprimieron el cobro del IVA del valor de los sables, toda vez que esos bienes estaban exentos de ese impuesto (fls. 165 a 168, c. 3). Lo anterior significó una reducción en el precio unitario de los sables y, por consiguiente, del valor total del contrato. Por tal razón, las partes incrementaron el número de sables y variaron su valor unitario sin IVA, así: (i) 2.628 a un precio unitario de $462.537; (ii) 391, cada uno a $496.949.75, y (iii) 1 por valor de $261.411.75, para un valor total de $1.410.116.000. De esa forma se mantuvo el valor inicial del contrato; sin embargo, las partes nada dispusieron sobre el valor del IVA retenido y declarado por la demandada ante la DIAN el 16 de enero de 2003 (fls. 338 y 339, c. 3), esto es, antes de la firma del modificatorio n.° 2 aquí mencionado.

No obstante, de conformidad con lo expuesto se desprende que la demandada se obligó para con su contratista a pagarle la suma total de $1.410.116.000. Tan es así que en la liquidación bilateral se insiste en esa suma como el balance final de lo ejecutado y pagado al contratista (fl. 144, c. 3); sin embargo, después de la liquidación, el 27 de diciembre de 2005, mediante oficio CEITE-ASJ-023 (fls. 341 a 344, c. 3), la demandada, además de reproducir la respuesta dada por la DIAN a una consulta que le formuló sobre la aquí analizada devolución del IVA, señaló a la actora su improcebilidad, toda que *“el contratista ha debido acercarse a la DIAN a reclamar ese dinero con la certificación de pago emitida por la Tesorería Principal del Comando Ejército a la DIAN, para obtener la correspondiente devolución o para que mediante cruce de cuentas con la declaración de impuestos se deduzca lo correspondiente”* (fl. 344, c. 3).

En esos términos, es claro que la entidad demandada no pagó la totalidad del valor de los sables, aun cuando los recibió a satisfacción (fl. 143, c. 3, así se constata en el acta de liquidación bilateral). Lo anterior por cuanto la suma retenida al contratista por concepto de IVA, esto es, $72.937.034, no le fue cancelada. En ese orden, huelga recordar que el pago para que sea válido debe hacerse al acreedor o a la persona que la ley o el juez autoricen recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor (artículo 1.634 del Código Civil). Igualmente, si el pago se hace a una persona diferente del acreedor, éste deberá ratificarlo de modo expreso o tácito (artículo 1.635 *ejusdem*)[[9]](#footnote-9).

En el *sub lite*, el pago se efectuó a la DIAN y no al acreedor. Tampoco puede pensarse que el hecho de que el contratista aceptara el primer pago con el descuento del IVA fue una ratificación tácita para que la DIAN recibiera ese dinero a su nombre y a título de pago, sino simplemente el cumplimiento de lo pactado en un comienzo. De esa forma, se entiende por qué las partes firmaron el modificatorio n.° 2 y, además, aclararon que el “*material relacionado en el presente contrato está exento del pago del impuesto del valor agregado (IVA)”* (fl 167, c. 3)*.* Vale aclarar que cuando las partes mencionaron el material se referían a los (i) 2.628 sables, que tenían un precio unitario de $462.537; (ii) a los 391, cada uno a $496.949.75, y (iii) a un sable por valor de $261.411.75, para un valor total de $1.410.116.000. Lo anterior deja entrever que el modificatorio tuvo un impacto sobre el valor total del contrato y, en esa medida, la demandada debió pagar la totalidad de ese precio sin IVA. No obstante, esa obligación fue honrada parcialmente, en tanto lo retenido por IVA no fue pagado al contratista.

De manera que la demandada incumplió el contrato en estudio, en tanto la obligación principal del comprador es la de pagar el precio convenido (artículos 1.928 del Código Civil y 947 del Código de Comercio); ahora, es inaceptable que la entidad demandada pretendiera trasladar esa obligación a su contratista, cuando le exigió que tramitara la devolución del IVA, toda vez que ese compromiso es naturalmente del comprador. Además, la autoridad tributaria puso de presente a la demandada que ese trámite debió adelantarse por la persona que realizó la retención y la declaración (fl. 340, c. 3), es decir, la entidad pública contratante, a diferencia de lo que entendió esta última. En todo caso, con independencia de la suerte de ese trámite, lo cierto es que la compradora se obligó contractualmente a pagar una suma total y no lo hizo. De suerte que se le imponía buscar las alternativas pertinentes para honrar esa obligación, so pena de inscribirse en el incumplimiento que actualmente se le endilga.

En consecuencia, se declarará el incumplimiento de la obligación de pago y el pago de los perjuicios en la forma que se explica a continuación.

4.2.2. *La cuantificación de los perjuicios.* De entrada deberá reconocerse la actualización de la suma de $72.937.034, desde el mes en que se modificó el precio para excluir el IVA, esto es, desde la firma del modificatorio n.° 2, abril de 2003 (fl. 165 a 168, c. 3), hasta la fecha de esta sentencia, así:

$72.937.034 x 136.76 (IPC final, mar. 2017) = $133.621.819.oo.

74.65 (IPC inicial, abr. 2003)

El monto actualizado a reconocer será la suma de $133.621.819.oo.

Igualmente, en línea con las pretensiones de la demanda, habrá que determinarse la procedibilidad de reconocer intereses moratorios.

Está probado que el último pago de los $1.410.116.000, esto es, la suma de $705.058.000 se debía efectuar dentro de los 90 días siguientes a la entrega total del material contratado (cláusula segunda, modificatorio n.° 1, fl. 162, c. 3). La última entrega de los materiales se hizo el 18 de noviembre de 2003 (fl. 143, c. ppal, acta de liquidación). En consecuencia, los 90 días, que en los términos del artículo 829 del Código de Comercio[[10]](#footnote-10) deben entenderse como comunes, vencían el 18 de febrero de 2004. En consecuencia, como la entidad demandada no ha cancelado la obligación dineraria hasta la fecha, habrá que reconocer intereses moratorios desde el 19 de febrero de 2004 hasta la presente sentencia. Vale recordar que el literal b) de la cláusula décima dispuso que, en caso de mora en los pagos, la demandada reconocería intereses moratorios a una tasa del doble de interés legal civil sobre el valor histórico actualizado (fl. 152, c. 3)[[11]](#footnote-11). Con fundamento, en lo expuesto se reconocerán estos intereses, así:

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Fecha inicial** | **Fecha final** | **Días transcurridos** | **Valor** | **Variación anual del IPC** | **Capital actualizado** | **Tasa de interés** | **Intereses** |
|
| 18/02/2004 | 31/12/2004 | 313 | $72.937.034 | 5,64 | $77.050.683 | 10,43 | $8.036.386 |
| 01/01/2005 | 31/12/2005 | 360 | $77.050.683 | 5,50 | $81.288.470 | 12,00 | $9.754.616 |
| 01/01/2006 | 31/12/2006 | 360 | $81.288.470 | 4,85 | $85.230.961 | 12,00 | $10.227.715 |
| 01/01/2007 | 31/12/2007 | 360 | $85.230.961 | 4,48 | $89.049.308 | 12,00 | $10.685.917 |
| 01/01/2008 | 31/12/2008 | 360 | $89.049.308 | 5,69 | $94.116.214 | 12,00 | $11.293.946 |
| 01/01/2009 | 31/12/2009 | 360 | $94.116.214 | 7,67 | $101.334.927 | 12,00 | $12.160.191 |
| 01/01/2010 | 31/12/2010 | 360 | $101.334.927 | 2,00 | $103.361.626 | 12,00 | $12.403.395 |
| 01/01/2011 | 31/12/2011 | 360 | $103.361.626 | 3,17 | $106.638.189 | 12,00 | $12.796.583 |
| 01/01/2012 | 31/12/2012 | 360 | $106.638.189 | 3,73 | $110.615.794 | 12,00 | $13.273.895 |
| 01/01/2013 | 31/12/2013 | 360 | $110.615.794 | 2,44 | $113.314.819 | 12,00 | $13.597.778 |
| 01/01/2014 | 31/12/2014 | 360 | $113.314.819 | 1,94 | $115.513.127 | 12,00 | $13.861.575 |
| 01/01/2015 | 31/12/2015 | 360 | $115.513.127 | 3,66 | $119.740.907 | 12,00 | $14.368.909 |
| 01/01/2016 | 31/12/2016 | 360 | $119.740.907 | 6,77 | $127.847.367 | 12,00 | $15.341.684 |
| 01/01/2017 | 30/04/2017 | 120 | $127.847.367 | 1,92 | $130.302.036 | 4,00 | $5.212.081 |
|  |  |  |  |  |  | Total | $163.014.672,83 |

En consecuencia, se reconocerán como intereses moratorios el monto de $163.014.673.oo.

En suma, el valor total a reconocer por incumplimiento por la no devolución de lo retenido por IVA por parte de la demandada al contratista será la suma de $296.636.492, que resulta de sumar el valor actualizado más los intereses moratorios ($133.621.819+$163.014.673).

**4.3. Del análisis particular del desequilibrio imputado: la variación cambiaria de la moneda**

De otro lado, la accionante solicita que se le reconozca el desequilibrio generado como consecuencia de la variación cambiaria de la moneda internacional. En este último, se pidió en relación con los sables inicialmente contratados y los que después se adicionaron. Al respecto, la Sala debe empezar por señalar que la imprevisión[[12]](#footnote-12) que reclama el accionante, pues se trata de un hecho económico que se aduce ajeno e imprevisto a las partes, resulta, en principio, improcedente en tratándose de contratos de ejecución instantánea, como lo es el contrato de compraventa en estudio, en tanto en este tipo de acuerdos las prestaciones se fijan en su integridad en un solo momento, que no es otro que al suscribir el respectivo contrato.

En esa dirección, precisa recordar que desde las condiciones de la solicitud de oferta de la demandada se advirtió que se debía calcular una financiación hasta del 16% (fl. 12, c. 3), en tanto el precio del contrato se pagaría en noviembre de 2003, es decir, si se tiene en cuenta desde la suscripción del contrato de compraventa 83-CEITE-2002 (suscrito el 12 de septiembre de 2002, fl. 158, c. 3), casi catorce meses después. De lo anterior resulta apenas natural que dentro de las previsiones económicas del contratista estuviera la variación de la moneda durante ese lapso. Lo que valga la pena mencionar hizo al calcular la financiación en un 5% (fl. 77, c. 3). Igualmente, en la cláusula primera se advirtió que dentro del precio se incluían los costos proyectados al plazo de ejecución (fl. 148, c. 3). Como se observa, existía una fuerte carga para el contratista de calcular los variables que en el tiempo podían afectar el precio pactado originalmente, con mayor razón en atención a la naturaleza de ejecución instantánea del contrato en estudio, que suponía la definición de todas las prestaciones al momento de firmar el contrato.

Sin embargo, sin desatender la realidad de los antecedentes contractuales y la naturaleza del contrato, precisa señalar que cuando esos cálculos desbordan por completo las proyecciones razonables de las partes, aun si se trata de un contrato de ejecución instantánea, pero en el que una de sus obligaciones se prolonga en el tiempo, como ocurre en el *sub lite*, es natural que quede expuesto a los efectos económicos que ello supone. En ese orden, bien podría fundarse una reclamación por desequilibrio contractual, tal y como lo dispone el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, siempre que se cumplan los requisitos señalados por la jurisprudencia para tal fin[[13]](#footnote-13).

Sin embargo, en el *sub lite* tampoco es posible este reconocimiento, toda vez que en el contrato modificatorio n.° 2 del 11 de abril de 2003, se superó el impase generado por el efecto cambiario que aquí se reclama, sin que el contratista se hubiera opuesto a ese acuerdo, antes por el contrario lo firmó sin salvedad alguna. En efecto, lo anterior se evidencia de las siguientes consideraciones del acuerdo en mención (fl. 166, c. 3):

*i) Que el CONTRATISTA en carta del 28 de marzo de 2003[[14]](#footnote-14) propuso al señor Coronel Intendente General del Ejército, una compensación de doscientos sesenta (260) unidades de sables para oficial subalterno a cambio del valor no causado por pago del IVA y de las pérdidas ocasionadas por el aumento inesperado de la devaluación del peso colombiana frente a la tasa representativa del mercado (TRM), que de un 13% anual esperado, al momento se halla en un 30% anual, presentando un resumen de la variación de la mencionada TRM con relación al dólar y al EURO, moneda esta última con la cual se hace la importación, por cuanto los sables provienen de Alemania. Así mismo, en carta del 10 de abril de 2003 solicitó se le permita entregar la totalidad del material en una sola entrega el 15 de julio de 2003, teniendo en cuenta el incremento de 391 sables por la no causación del IVA.*

Si bien el contratista refirió a la contratación de 260 sables y, finalmente, se contrataron 391 más, lo cierto es que en ningún momento manifestó su inconformidad con ese acuerdo; por el contrario, solicitó un plazo adicional para el cumplimiento de esa prestación. En esos términos, en línea con la postura de la Sala sobre los efectos vinculantes de ese tipo de acuerdos[[15]](#footnote-15), se negará la pretensión en comento.

La anterior negativa, releva a la Sala de la obligación de pronunciarse sobre la prueba pericial decretada para cuantificar los perjuicios consecuenciales de la pretensión en estudio.

4.3.Por último, no hay lugar a condena en costas, en tanto se echa de menos lo exigido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, es decir que exista una conducta temeraria de las partes.

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

**F A L L A**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 26 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los términos expuestos en esta sentencia.

**SEGUNDO:** En su lugar, **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, en los términos de esta sentencia.

**TERCERO: DECLARAR** el incumplimiento por parte del Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional del contrato de compraventa n.° 083-CEITE-2002 del 13 de septiembre de 2002, en los términos de esta sentencia.

**CUARTO: CONDENAR** al Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional a pagar a la sociedad Hansacol Trading S.A. la suma de doscientos noventa y seis millones seiscientos treinta y seis mil cuatrocientos noventa y dos pesos ($296.636.492), moneda corriente.

**QUINTO:** Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**SEXTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**SÉPTIMO: SIN COSTAS**, toda vez que no están probadas.

**OCTAVO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Presidente

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente**: **RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00848-01(38508)**

**Actor: SOCIEDAD HANSACOL TRADING S.A.**

**Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Con el debido respeto por la posición mayoritaria, contenida en la providencia de 2 de mayo de 2017, expongo a continuación las razones que me llevaron a aclarar el voto, en lo que tiene que ver con la retención del impuesto a las ventas y las salvedades en los contratos adicionales.

La parte actora solicitó declarar la existencia de la relación, el incumplimiento y desequilibrio contractual. Liquidar y ordenar el pago de las prestaciones adeudadas.

Lo anterior, comoquiera que se trató de un contrato de compraventa de sables, en cuya ejecución fue expedida una ley de exención de IVA. Como consecuencia, las partes suscribieron el modificatorio n.0 2, compensaron el precio y adicionaron el número de productos a entregar, con cargo al saldo resultante de la exención. La sociedad contratista reclamó a la entidad los dineros retenidos con anterioridad a la vigencia de la norma; empero la entidad sostuvo que la petición debía elevarla ante la DIAN.

El a quo declaró no probada la excepción de inepta demanda y negó las súplicas. En relación con la excepción, señaló que el acta de liquidación bilateral no constituía un acto administrativo pasible de ser demandado; sí un acto bilateral que podía ser enjuiciado por vicios del consentimiento. Y, en cuanto al fondo del asunto, atinente a la reclamación para la devolución del IVA, consideró que la pretensión devenía en improcedente, teniendo en cuenta que las partes, por mutuo acuerdo, consintieron en la exención y compensaron los trabajos que se debían realizar.

La actora impugnó la decisión. Dio cuenta de que, si bien las partes modificaron el contrato y compensación de la exención con la entrega de un mayor número de sables, las sumas retenidas por la contratante, con anterioridad a la vigencia de la ley y consignadas a su nombre en la DIAN, debían ser reclamados por la entidad, en su condición de agente retenedor.

La Sala revocó el fallo. Consideró que la entidad incumplió con su obligación de pago, pues el IVA hacía parte del valor del contrato. Esto, en tanto la obligación principal del comprador era pagar el precio. Además, quedó demostrado que la administración era la obligada a tramitar la reclamación por devolución. De ahí que se ordenara el reconocimiento de los valores adeudados, se actualizara y se liquidaran los intereses moratorios causados.

Por otra parte, la Sala negó el desequilibrio contractual causado con la variación cambiaria de la moneda. Esto, en la medida en que la sociedad lo debió prever en su oferta. Consideró, además, en el modificatorio n.0 2 las partes superaron el impase generado por el efecto cambiario, sin salvedad del contratista.

Al respecto, considero necesario aclarar que la causación del impuesto a las ventas — IVA- y el trámite de reclamación deviene de la ley; por tanto, la condición de agente retenedor y el procedimiento aplicable no es materia contractual, en cuanto no es susceptible de disposición ni de regulación por parte de la entidad contratante, tampoco por el contratista.

Ahora, respecto a la modificación n.0 2 del contrato, discrepo de la afirmación según la cual la suscripción de actas y contratos adicionales sin salvedades enerva cualquier tipo de pretensión judicial por los aspectos convenidos. Esto, comoquiera que, cuando ello acontece, se requiere valorar las circunstancias, pues bien puede ocurrir su suscripción como única alternativa, de donde no se puede cerrar la puerta al estudio de la realidad.

En los términos anteriores dejo consignada mi aclaración.

Fecha ut supra.

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Consejera de Estado**

1. El 17 de agosto de 2006, la demanda fue corregida y aclarada en relación con las pretensiones, pruebas, cuantía, competencia y trámite (fls. 23 a 26, c. ppal). El *a quo* a través del auto del 12 de octubre siguiente admitió el anterior escrito (fl. 30 y rev., c. ppal). En las pretensiones que se transcriben se integran la de la demanda y las de la aclaración y corrección. La situación fáctica no fue objeto de modificación. [↑](#footnote-ref-1)
2. El recurso se interpuso el 16 de diciembre de 2009 (fl. 151, c. ppal, 2ª instancia). [↑](#footnote-ref-2)
3. Tan sólo una de las pretensiones, la del desequilibrio por efecto cambiario, ascendió a la suma de $331.350.000, lo que pone en evidencia la vocación de doble instancia del presente asunto.

   [↑](#footnote-ref-3)
4. Sobre el particular, es preciso recordar que el 13 de septiembre de 2002, el Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional y la sociedad Hansacol Trading Ltda. firmaron el contrato de compraventa n.° 83-CEITE-2002 para la adquisición de 2504 sables para oficial subalterno. El precio se pagaría total se pagaría en el mes de noviembre de 2003, previa entrega de la totalidad del material adquirido a satisfacción (cláusula tercera). La duración del contrato se extendió desde su perfeccionamiento y 60 días calendario más después del pago contemplado en la cláusula tercera (cláusula sexta) (fls. 146 a 159, c. 3). Los modificatorios prolongaron la fecha entrega de los sables y, por consiguiente, del pago; sin embargo, no tocaron la forma de fijar la duración del contrato. En esos términos, como los sables se pagaron el 18 de diciembre de 2003 (fl. 144, c. 3, acta de liquidación), 60 días calendario después finalizó el contrato, es decir, el 18 de febrero de 2004. En el contrato se pactó un término máximo de 70 días hábiles para liquidar bilateralmente (cláusula novena, fls. 151 y 152, c. 3. Aquí se hizo la sumatoria de los términos fijados para agotar la etapa consensual), los que vencieron el 1 de junio de 2004. Desde el 2 del mismo mes y año, la administración tenía dos meses para liquidar unilateralmente, es decir, hasta el 2 octubre de 2004. Desde el 3 del mismo mes y año, las partes podían liquidar el contrato bilateral o unilateralmente o pedir al juez la liquidación hasta el 4 de octubre de 2006. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-5)
6. Este numeral se refiere a los sables para oficial subalterno. [↑](#footnote-ref-6)
7. Esta comunicación obra en el expediente a folios 273 y 274, c. 3. [↑](#footnote-ref-7)
8. Esta comunicación y su anexo obran a folios 290 y 296, c. 3. [↑](#footnote-ref-8)
9. Las normas del Código Civil citadas son aplicables, toda vez que si bien el contrato en estudio es mercantil, habida cuenta de la calidad de comerciante que se presume de la sociedad actora al estar inscrita en el Registro Mercantil (fls. 3 a 5, c. ppal), tal como lo dispone el artículo 13 del Código de Comercio, lo cierto es que el artículo 822 *ejusdem* permite la aplicación de las normas civiles que regulen la formación de los actos y contratos, las obligaciones, sus efectos, interpretación y los modos de extinguirse y anularse o rescindirse. [↑](#footnote-ref-9)
10. Aplicable por la calidad de mercantil del contrato en estudio, habida cuenta de la calidad de comerciante que se presume de la sociedad actora al estar inscrita en el Registro Mercantil (fls. 3 a 5, c. ppal), tal como lo dispone el artículo 13 del Código de Comercio. [↑](#footnote-ref-10)
11. Lo anterior en concordancia con el artículo 1º del Decreto 679 de 1994, que disponía: *“Artículo 1°.- De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4, numeral 8 de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos*”. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-12)
13. Entre otras, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de agosto de 2011, exp. 14.461, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esa oportunidad se recordaron los siguientes elementos: *“En relación con la teoría de la imprevisión como causa de la ruptura del equilibrio económico de los contratos, su aplicación surgió dentro del ámbito de la contratación administrativa por vía jurisprudencial y para que opere la misma como causa que da lugar al restablecimiento económico del contrato a favor de la parte afectada, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: // 1º. Que con posterioridad a la celebración del contrato, se haya presentado un hecho extraordinario e imprevisto, ajeno a las partes, es decir no atribuible a ninguna de ellas. // 2º. Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir que constituya un álea extraordinaria, que hace mucho más onerosa su ejecución para una de las partes. // 3º. Que esa nueva circunstancia, no hubiere sido razonablemente previsible por las partes. // 4º. Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite”.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Esta comunicación obra en el expediente a folios 273 y 274, c. 3. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 13.356, M.P. María Elena Giraldo Gómez. En esa oportunidad, se recalcó la importancia de las salvedades frente a los acuerdos adicionales, así: *“Tampoco es cierto, como lo afirmó el demandante, que CEDENAR transgredió el principio de la buena fe contractual con la adición del plazo. Nótese que las adiciones se causaron por el incumplimiento administrativo en el suministro de elementos y que el contratista aceptó esas adiciones sin ningún reparo. Es más dicha aceptación la convino con el contratante y en su texto dejó anotación expresa de que las demás cláusulas del contrato permanecían incólumes, en los adicionales 044/91 B, D, E y F (fols. 110, 113, 114 a 118 c. 1). // Esa manifestación de voluntad del contratista se presume legal (art. 1.502) porque el mismo demandante BENHUR no demostró situaciones que afectaran la validez del contrato en el aspecto del consentimiento (art. 78 del decreto ley 222 de 1983 en armonía con los artículos 1.502 y 1.508 del Código Civil)”.* Reiterado en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18.080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido, la sentencia de esta Subsección del 14 de diciembre de 2016, exp. 32.109, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-15)