



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA**

Bogotá D.C., diez (10) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121)

Actor: CONSTRUCCIONES VÉLEZ Y ASOCIADOS SA-CONVEL SA

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – aclaración de voto a la sentencia de 27 de julio de 2023 – Consejero Ponente: Guillermo Sánchez Luque

ACLARACIÓN DE VOTO

Temas: *ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Alcance de la unificación frente a las renunciaciones tácticas y las renunciaciones expresas del contratista en las modificaciones al contrato.*

Con el acostumbrado respeto por los fallos de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, me permito, a continuación, justificar las razones de esta aclaración de voto frente a la decisión aprobada por la Sala el 27 de julio de 2023, la cual revocó los ordinales 1º, 2º y 3º de la parte resolutive de la sentencia de 19 de marzo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, negó las pretensiones de la demanda respecto de la mayor permanencia en obra y los intereses moratorios causados por el pago tardío de las actas 6 y 7 de obras complementarias y de reajuste 6, y confirmó en todo lo demás la decisión del *a quo*.

Si bien comparto la decisión de la Sala, me parece importante advertir tres cuestiones en las que considero necesario dejar sentada mi posición sobre el alcance de dicha decisión.

En primer lugar, la sentencia justifica el estudio del tema sobre la ausencia de salvedades en la suscripción de suspensiones, adiciones o prórrogas al contrato, en el hecho de que, dado que en el pasado una de las posturas de la jurisprudencia fue revisar la existencia o no de dichas salvedades con independencia de si ello fue motivo de excepción o apelación, debía entonces en esta oportunidad estudiarse dicho tema con fines de unificación.



Radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121)
Actor: CONVEL SA
Demandado: SENA
Referencia: Controversias contractuales – aclaración de voto

Sin perjuicio de que algunas subsecciones de la Sección Tercera han procedido en el pasado tal y como la sentencia expuso en los términos del párrafo precedente, me parece que, al margen de que comparto las consideraciones de fondo frente al tema en cuestión, en este caso se pasó por alto que la recurrente en apelación fue la entidad estatal, respecto de quien en primera instancia se había declarado su incumplimiento del contrato y condenado al pago de una suma por concepto de costos de administración por mayor permanencia en obra (\$58.532.364) y de intereses (\$668.646).

En ese contexto, solo se justificaba abordar el estudio del referido tema en la hipótesis de que fuera el contratista el damnificado por una sentencia denegatoria de sus pretensiones con fundamento en que aquel no expresó ninguna salvedad frente a las modificaciones del contrato. Es más, tampoco se justificaba afrontar el estudio de la pretensión subsidiaria del enriquecimiento sin causa, puesto que la apelación ni siquiera mencionó ese punto y, en todo caso, no se trataba de un asunto intrínseco frente a lo que se debatió en la primera instancia.

Sin embargo, entiendo que la intención de la Sala fue la de reevaluar una regla jurisprudencial que había venido siendo aplicada por algunas subsecciones de la Sección Tercera, la cual impidió que en muchos casos se decidieran de fondo las pretensiones de los contratistas porque no habían plasmado salvedades a las modificaciones del contrato suscritas entre las partes.

En segundo lugar, coincido con que el juez del contrato no puede concluir que un contratista renuncia a sus derechos solo porque guardó silencio cuando suscribió con la entidad estatal contratante una modificación de aquel, sin perjuicio de lo cual observo que ese entendimiento apenas impide que la contratante condicione la adición o modificación de contratos a la renuncia tácita del contratista, pero no resuelve un problema del que poco se ha hecho eco en la jurisprudencia, y es cuál es el alcance o cómo se deben valorar jurídicamente las renunciaciones expresas del contratista en el marco de esas mismas modificaciones, frente a la previsión del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993¹.

¹ “Ley 80/93. Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas: (...) 3. (...) Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste”.



Radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121)
Actor: CONVEL SA
Demandado: SENA
Referencia: Controversias contractuales – aclaración de voto

De acuerdo con la sentencia materia de esta aclaración, tendrá que estar probado que la intención de las partes, expresa, en el texto de los acuerdos, adiciones otrosíes, entre otros, posteriores, o desentrañada de acuerdo con las reglas previstas por la ley, fue zanjar la diferencia que ahora se reclama en la demanda, planteamiento que me lleva a reconocer la dificultad de establecer si una renuncia expresa del contratista no está implícitamente condicionada por el hecho de que, si aquel no la consigna, la modificación no la realiza la entidad estatal contratante.

De hecho, bien puede suceder que en la adición de recursos o la concesión de mayores plazos, incorporados en las modificaciones del contrato y que se requieran para su culminación, se deje **expresamente** consignado en la parte considerativa o inclusive en el clausulado de las respectivas modificaciones, que dichas medidas se justifican en función de solicitudes o de dificultades expresadas por el propio contratista durante la ejecución contractual, caso en el cual surge la duda de si la suscripción de aquellas se encuentran o no implícitamente condicionadas.

Sobre esto último, considero que la sentencia no hizo ningún avance ni estableció ninguna regla jurídica, razón por la cual su alcance de unificación se limita únicamente frente a los efectos de la ausencia de salvedades.

Finalmente, en tercer lugar, partiendo de la consideración de la Sala, según la cual *“la demanda no fue clara al momento de identificar a qué concepto correspondían las pretensiones, tanto el incumplimiento contractual como el desequilibrio económico del contrato son susceptibles de ser cobijados por acuerdo entre los contratantes”*, aún si la controversia girara en torno a un evento de desequilibrio económico del contrato, acompañé la conclusión de que en este caso no están probados los mayores costos administrativos que pedía la parte actora a raíz de la mayor permanencia en obra, puesto que no se encuentra acreditada una mayor onerosidad *–requisito indispensable del referido desequilibrio–* que hubiera justificado que la Sala indagara por sus causas.

En estos términos dejo consignada mi aclaración frente a lo decidido por la Sala en la sentencia de 27 de julio de 2023.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada



Radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121)
Actor: CONVEL SA
Demandado: SENA
Referencia: Controversias contractuales – aclaración de voto

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

