



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero Ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 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

APELANTE ÚNICO-Límites de la apelación. COPIAS SIMPLES-Valor probatorio. DICTAMEN PERICIAL-No prospera objeción por error grave. RÉGIMEN DEL CONTRATO-Como fue celebrado por un establecimiento público, se rige por la Ley 80 de 1993. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO-Concepto. LIQUIDACIÓN BILATERAL-Concepto. LIQUIDACIÓN JUDICIAL-Concepto. SALVEDADES A OTROSÍ Y CONTRATOS POSTERIORES-Unificación de jurisprudencia. UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA-Ausencia de salvedades en otrosíes o contratos posteriores no impiden conocer de fondo sobre las pretensiones. MAYOR PERMANENCIA EN OBRA-Concepto. ACTA-Valor probatorio. DOCUMENTO PÚBLICO-Valor probatorio DOCUMENTO PÚBLICO-Presunción de autenticidad DOCUMENTO PRIVADO-Valor probatorio DOCUMENTO PRIVADO-Presunción de autenticidad. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS-Los tratos preliminares integran y orientan la interpretación de los contratos. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-Cuando las estipulaciones sean claras, no puede desconocerse lo acordado. INTERESES DE MORA-Se causan por el incumplimiento de las obligaciones dinerarias. CONSTITUCIÓN EN MORA-Ante la falta de prueba sobre el plazo o condición para el cumplimiento de las obligaciones se constituye con el requerimiento judicial al deudor. DICTAMEN PERICIAL-Valoración... CARGA DE LA PRUEBA-Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA-Requisitos. COSTAS EN CCA-Improcedencia cuando no se actúa con temeridad o mala fe.

La Sala Plena de la Sección Tercera, mediante auto del 10 de noviembre de 2022, avocó en segunda instancia el conocimiento del asunto de la referencia, con el fin de proferir sentencia de unificación jurisprudencial, en relación con los efectos que produce la ausencia de salvedades, cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes. La Sala Plena de la Sección Tercera decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 19 de marzo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió parcialmente a las pretensiones.

Primero: Declárese que el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, incumplió el contrato NO 0007 de 1997, del 22 de abril de 1997, y sus adicionales, del 4 y 29 de diciembre del mismo año suscritos con Construcciones Vélez y Asociados SA Convel, relativos a la construcción de obras civiles para la estructura de concreto de la torre norte en la sede principal en Medellín.

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración, se condena al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), a pagar a Construcciones Vélez y Asociados S. Convel, la suma de \$58.532.364.00 por concepto de costos de administración por mayor permanencia en la obra, y la suma de \$668.646, por concepto de intereses, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva esta providencia.



2
Expediente n.º 39.121
Demandante: Convel SA
Niega pretensiones

Tercero: Declárese no probada la objeción por error grave al dictamen pericial rendido por el perito el día 04 de marzo de 2004, aclarado y complementado el 13 de septiembre de 2004.

Cuarto: Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El 22 de abril de 1997, Construcciones Vélez y Asociados SA-Convel SA y el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA celebraron el contrato n.º 00007 para la construcción de la estructura de concreto de la torre norte de la sede principal en Medellín, que fue prorrogado en dos oportunidades. Reclamó los perjuicios por el trabajo en horario extendido de sus empleados, la mayor permanencia en obra y los intereses moratorios por el pago tardío de unas actas.

ANTECEDENTES

El 23 de junio de 1999, Construcciones Vélez y Asociados SA (en adelante «Convel SA») a través de apoderado judicial, formuló **demanda de controversias contractuales** contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (en adelante «SENA»). Solicitó \$123.596.646 por el trabajo en horario extendido de sus empleados, \$27.728.823 por la mayor permanencia en obra y \$18.238.682 por los intereses moratorios por el pago tardío de unas actas, por perjuicios materiales. En subsidio, solicitó el enriquecimiento sin justa causa de la entidad. En apoyo de las pretensiones, afirmó que la entidad no prorrogó el contrato a tiempo, circunstancia que lo obligó a extender el horario de trabajo de sus empleados. Adujo que se ocasionó un perjuicio por mayor permanencia en obra dada la ampliación del plazo y que la entidad no reconoció los intereses moratorios por el pago tardío de las actas de obra n.º 6 y 7 de obras complementarias, del reajuste n.º 6, del reajuste definitivo n.º 1 al 5 y los ajustes al IVA.

El 9 de marzo de 1999, se admitió la demanda y se ordenó su notificación. En el escrito de **contestación de la demanda**, el SENA adujo que pagó obras extra y amplió el plazo por solicitud del contratista, de modo que no procedía el reconocimiento de los sobrecostos por horario extendido de sus empleados y la mayor permanencia en obra y los intereses moratorios por el pago tardío de unas actas reclamados. Estimó que se debían declarar todas las excepciones probadas a su favor. El 28 de enero de 2008, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** y presentar concepto, respectivamente. La



3
Expediente n.º 39.121
Demandante: Convel SA
Niega pretensiones

parte demandante reiteró lo expuesto. La parte demandada resaltó que, durante las negociaciones para la modificación del contrato, el contratista ofreció ampliar el plazo o que se reconocieran sobrecostos, pero no ambas opciones en conjunto. El Ministerio Público guardó silencio.

El 19 de marzo de 2010, el Tribunal Administrativo de Antioquia en la **sentencia** accedió parcialmente a las pretensiones frente a la mayor permanencia en obra por ampliación del plazo en 30 días, que la interventoría consideró eran los necesarios para la ejecución de la obra, y calculó el monto del perjuicio con base en el AIU. Reconoció los intereses moratorios ocasionados por el pago tardío de las actas de obras complementarias obra n.º 6 y 7 y del reajuste n.º 6. Negó las pretensiones frente al reconocimiento de los sobrecostos ocasionados por el horario extendido de los trabajadores del contratista, porque no se había pactado en el contrato, y los intereses moratorios por el pago extemporáneo de las actas el reajuste definitivo n.º 1 al 5 y los ajustes al IVA, por ausencia de prueba.

La demandada interpuso **recurso de apelación**, que fue concedido el 12 de mayo de 2010 y admitido el 12 de agosto siguiente. Esgrimió que no procedía el reconocimiento de la mayor permanencia en obra, porque pagó obras adicionales, que por definición implicaban mayor plazo. También adujo que el contratista ofreció dos opciones excluyentes, la ampliación del plazo o el reconocimiento de mayores costos. Señaló que la ampliación del plazo también se debió a circunstancias imputables a Convel SA. Se remitió a los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en los que indicó que no se debían intereses moratorios porque pagó obras extra.

El 28 de octubre de 2010, se corrió traslado para **alegar de conclusión en segunda instancia**. La demandada señaló que el retraso en la obra fue imputable al contratista. La demandante guardó silencio. El Ministerio Público estimó que se debían negar las pretensiones, porque no existía certeza de que el demandante hubiera realizado alguna salvedad frente a las reclamaciones de la demanda en el acta bilateral de liquidación. Conceptuó, además, que las salvedades se remitían a documentos que no podían ser valorados al ser copias simples.

El 10 de noviembre de 2022, la Sala Plena de la Sección Tercera avocó conocimiento del presente asunto por **importancia jurídica y por la necesidad de sentar jurisprudencia** sobre los efectos que produce la ausencia de salvedades,



cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes. El 21 de febrero de 2023, la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** manifestó su decisión de intervenir en el proceso. El 12 de abril siguiente, esa entidad pidió que se unificara jurisprudencia en el sentido de exigir salvedades en los contratos modificatorios o adicionales, pues la buena fe, las cargas profesionales y la teoría de los «actos propios» impedía discutir hechos anteriores a dichos acuerdos.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce de las controversias derivadas de la actividad contractual de las entidades públicas, según el artículo 82 CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006. El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 129 CCA, según el cual resuelve los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía pues, de conformidad con el artículo 20.2 CPC, el valor de la pretensión mayor supera la suma prevista en el artículo 132.5 CCA, esto es, \$118.230.000¹.

Acción procedente

2. La acción de controversias contractuales es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando se alegan los perjuicios originados de una relación contractual (art. 90 CN y 87 CCA).

Demanda en tiempo

3. El artículo 136.10.c CCA dispone que la demanda se puede intentar en los contratos que requieran liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos años contados desde la firma del acta. La demanda se interpuso en tiempo –23 de junio de 1999– pues el 28 de enero de 1999 las partes suscribieron el acta bilateral de liquidación del contrato de obra n.º

¹ Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 1999, \$236.460, por 500.



00007 [hecho probado 10.17], que requería de liquidación de conformidad con el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 al ser de tracto sucesivo.

Legitimación en la causa

4. Convel SA está legitimada en la causa por activa y el SENA por pasiva, pues fueron las partes del contrato n.º 00007 para la construcción de la estructura de concreto de la torre norte de la sede principal en Medellín [hecho probado 10.1].

II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se deben reconocer los costos por mayor permanencia en obra cuando las partes amplían el plazo del contrato y si se probó que la entidad debe pagar intereses moratorios por el pago tardío de unas actas. En caso de que no prosperen, estudiará el enriquecimiento sin justa causa de la entidad. Para enunciar la unificación jurisprudencial, la Sala debe resolver si cuando el contratista no hace salvedades en el acuerdo modificadorio, el juez, por ese solo hecho, debe negar las pretensiones de la demanda.

Análisis de la Sala

5. Como la sentencia fue recurrida por la demandada, la Sala estudiará el asunto de conformidad con el artículo 357 CPC, esto es, respecto a los costos por mayor permanencia en obra y los intereses moratorios ocasionados por el pago tardío de las actas n.º 6 y 7 de obras complementarias y del reajuste n.º 6, que corresponden a los asuntos por los cuales fue condenada. Como el superior no puede reformar en perjuicio del apelante único [*non reformatio in peius*], la Sala solo se referirá a estos asuntos, sin pronunciarse sobre la reclamación por horario extendido ni al pago extemporáneo de las actas el reajuste definitivo n.º 1 al 5 y los ajustes al IVA, negadas en primera instancia.

Hechos probados

6. Las copias simples serán valoradas, porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación, consideró que tenían mérito probatorio².

² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022 [fundamento jurídico 1]. El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo lo respeta y acoge. Los argumentos de la inconformidad están en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad.



7. Según el artículo 251 CPC, los documentos son públicos o privados. El documento es público si es otorgado por funcionario en ejercicio de su cargo o con su intervención y es privado si no reúne los requisitos para ser público. El documento público se presume auténtico y el documento privado es auténtico en los casos previstos en el artículo 252 CPC. El mérito probatorio de los documentos lo asigna el juez (arts. 264, 277 y 279 CPC), luego de la apreciación de las pruebas en su conjunto, según las reglas de la sana crítica (art 187 CPC).

8. En el proceso se practicó un dictamen pericial rendido por Juan Carlos Restrepo Gutiérrez para (i) determinar el impacto de ciertas circunstancias en la ejecución del contrato, (ii) establecer si se produjeron eventos que generaran el desequilibrio económico del contrato y (iii) liquidar los intereses moratorios ocasionados por el pago tardío de las actas reclamadas (f. 270-281 c. 1), que fue aclarado (f. 303-315 c. 1) y objetado por error grave por el SENA. El artículo 238.4 CPC establece que las partes podrán objetar el dictamen por error grave, siempre que este haya sido determinante para las conclusiones de los peritos. El error grave se presenta cuando se cambian las cualidades propias del objeto examinado o se toma por objeto de observación una cosa fundamentalmente distinta a la que es materia del dictamen, pues al apreciarse equivocadamente el objeto, necesariamente las conclusiones son erróneas³.

El perito concluyó que se ocasionaron sobrecostos por trabajo en horario extendido con fundamento en los registros del contratista, e intereses moratorios por el pago tardío de actas de obra ejecutada. Sostuvo que los costos por mayor permanencia en obra fueron «compensados» por unos cobros adicionales reconocidos al contratista. El SENA sostuvo que el perito hizo una apreciación equivocada, pues (i) no se debía reconocer suma alguna por horario extendido de los empleados del contratista, dado que había pagado las obras extra y se había adicionado el valor del contrato; y (ii) no procedía el reconocimiento de intereses moratorios, porque en las actas no se consignó la fecha de su elaboración ni la de la ejecución de las obras.

Las razones aducidas por el SENA como objeciones no se refieren a errores en la

26.984. Estas providencias se pueden consultar en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 363, 364 y 365, respectivamente, disponible en <https://bit.ly/3gjjduK>.

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de mayo de 2007, Rad. 05001-23-31-000-2000-03341-01 [fundamento jurídico 2 párrafo 16].



representación del objeto de la peritación, sino a aspectos que los peritos presuntamente no tuvieron en cuenta al momento de elaborar el dictamen pericial, circunstancia que no implica la configuración del error grave. Como la objeción por error grave requiere que se presente un cambio en las cualidades propias del objeto examinado o se tome por objeto de observación una cosa fundamentalmente distinta a la que es materia del dictamen, y los argumentos esgrimidos por el demandado no evidencian un error de esa naturaleza, no prospera la objeción formulada por el SENA. La prueba se analizará, pues, de acuerdo con los parámetros de la sana crítica.

9. Los documentos que obran en el expediente relacionados con los sobrecostos por horario extendido y a los intereses moratorios por el pago tardío de las actas del reajuste definitivo n.º 1 al 5 y los ajustes al IVA no serán valorados en por la Sala, porque la negativa de la pretensión de perjuicios por horario extendido de los empleados no fue objeto del recurso de apelación [núm.5],

Obran en el expediente copias de actas, incompletas y sin firma, de comités celebrados durante la ejecución del contrato (f. 96, 103, 104, 108, 109, 110, 111 c. 1). Como estas actas –al estar incompletas– no dan certeza de lo discutido en los comités de obra, no serán estudiadas por la Sala.

10. De conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente, se demostraron los siguientes hechos:

10.1 El 22 de abril de 1997, Convel SA y el SENA celebraron el contrato n.º 00007 para la construcción de la estructura de concreto de la torre norte de la sede principal en Medellín, cuyo plazo de ejecución era de 210 días calendario a partir del día siguiente a la suscripción del acta de inicio de obra, según da cuenta copia auténtica del contrato (f. 43-48 c. 1).

10.2 El 25 de julio de 1997, Convel SA y el SENA suscribieron un acuerdo donde modificaron la forma de pago del contrato n.º 00007, según da cuenta copia auténtica de la modificación (f. 49 c. 1).

10.3 El 21 de agosto de 1997, el contratista solicitó en el comité de obra n.º 16 una ampliación del plazo o un reconocimiento de recursos adicionales ante una reprogramación que había cambiado «completamente el camino a seguir en la



estructura, abriéndose más frentes de trabajo simultáneos», según da cuenta copia simple del acta del comité (f. 97 y 363-365 c. 1).

10.4 El 26 de agosto de 1997, Convel –en oficio n.º 85857 al SENA– solicitó la ampliación del plazo de 47 días hábiles, dado que circunstancias no imputables a su conducta ocasionaron el retraso de la obra, según da cuenta copia simple del oficio (f. 112-116 c. 1).

10.5 El 2 de septiembre de 1997, la interventoría de la obra –en oficio al SENA– recomendó una ampliación del plazo de 27 días hábiles, dado que algunos retrasos se debían a la conducta del contratista, según da cuenta copia simple del oficio (f. 118-120 c. 1).

10.6 El 23 de octubre de 1997, el SENA comunicó en el comité de obra n.º 24 que concedía al contratista una ampliación del plazo en 30 «días solares», lo que implicaría una ampliación del plazo hasta el 20 de enero de 1998, según da cuenta copia simple del acta del comité (f. 105-108 c. 1).

10.7 El 31 de octubre de 1997, Convel SA –en oficio n.º 00086031 al SENA–, expuso que como las partes llegaron a un acuerdo en el comité de obra n.º 24 del 23 de octubre de 1997 respecto a la ampliación del plazo, solicitaba una certificación escrita a la entidad, según da cuenta copia simple del oficio (f. 121 c. 1).

10.8 El 4 de diciembre de 1997, el SENA –en oficio n.º 4200007506 a Convel SA– indicó que el plazo del contrato había sido ampliado hasta el 31 de diciembre de 1997 y que, para la celebración de la respectiva modificación al contrato, el contratista debía ponerse de acuerdo con la oficina jurídica y la división de servicios generales y construcciones de la regional, según da cuenta copia auténtica del oficio (f. 122 c. 1).

10.9 El 17 de diciembre de 1997, el contratista pidió al SENA una ampliación del plazo, para ejecutar obras extras solicitadas por la entidad, hasta el 20 de febrero de 1998, según da cuenta copia simple del oficio 00087065 (f. 186 c. 1)

10.10 El 4 de diciembre de 1997, Convel SA y el SENA suscribieron una modificación al contrato en la que ampliaron el plazo de ejecución de la obra a 229 días calendario, que vencían el 31 de diciembre de 1997, según da cuenta copia auténtica de la modificación (f. 50 c. 1).



10.11 El 29 de diciembre de 1997, Convel SA y el SENA suscribieron una modificación al contrato en la que ampliaron el plazo de ejecución de la obra a 280 días calendario, que vencían el 20 de febrero de 1998, y adicionaron el valor del contrato en \$31.313.147 para atender obras complementarias de escalas y muros de contención, según da cuenta copia auténtica de la modificación (f. 51 c. 1).

10.12 El 20 y 22 de enero de 1998, el contratista realizó trabajos de ajustes y limpieza final, según da cuenta copia simple de la bitácora (f. 499-500 c. 2).

10.13 El 17 de febrero de 1998, las partes firmaron acta de recibo de obra, según da cuenta copia simple de la bitácora (f. 499-500 c. 2).

10.14 El 6 de abril de 1998, Convel SA –en oficio n.º 00087383 al interventor de la obra– solicitó el reconocimiento de sobrecostos y de intereses moratorios y el pago de las sumas correspondientes a las actas de obra n.º 6 y 7 de obras complementarias, del reajuste n.º 6, del reajuste definitivo n.º 1 al 5 y los ajustes al IVA, según da cuenta copia auténtica del oficio (f. 123 c. 1).

10.15 El 20 de noviembre de 1998, Convel SA –en el oficio n.º 00089002 al SENA– indicó que la entidad debía reconocer los sobrecostos ocasionados por el horario extendido de sus trabajadores, por la mayor permanencia en obra por la ampliación del plazo y los intereses moratorios causados por el pago tardío de las actas de obra n.º 6 y 7 de obras complementarias, del reajuste n.º 6, del reajuste definitivo n.º 1 al 5 y los ajustes al IVA. También consignó que en el comité de obra n.º 16 del 21 de agosto de 1997 puso en consideración del SENA «dos opciones: o ampliaba el plazo o, en su defecto, reconocía los mayores costos para terminar el grueso de la estructura en diciembre de 1997», según da cuenta copia simple del oficio (f. 135-155 c. 1).

10.16 El 20 de diciembre de 1998, el interventor –en el oficio n.º 5082 al SENA– señaló, frente a la solicitud del contratista para ampliar el plazo o reconocer mayores costos en el comité de obra n.º 16 del 21 de agosto de 1997, que en su concepto el contratista «solicitaba lo uno o lo otro, pero no las dos opciones en forma simultánea», según da cuenta copia simple del oficio (f. 90-94 c. 1).

10.17 El 28 de enero de 1999, las partes suscribieron acta de liquidación bilateral del contrato n.º 00007. Según el documento, el contratista se reservó la facultad de



ejercer acciones judiciales o extrajudiciales tendientes a lograr el reconocimiento de sobrecostos ocasionados durante la ejecución del contrato, descritos en sus «cartas» n.º 00087383 del 6 de abril de 1998 y n.º 00089002 del 20 de noviembre de 1998, según da cuenta copia simple del acta (f. 364-366 c. 2).

El régimen jurídico del contrato

11. El artículo 1 de la Ley 80 de 1993 establece que esa ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. En consonancia, el literal a) del numeral 1 del artículo 2, definió, para los solos efectos de esta ley, que los establecimientos públicos serían entidades estatales.

El estatuto de contratación regula particularmente cinco materias propias del régimen de la contratación: (i) capacidad: dentro de la cual están las inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés, los consorcios y uniones temporales –que pueden celebrar contratos sin ser personas jurídicas– y el registro único de proponentes; (ii) la selección objetiva, que abarca los procedimientos de selección de contratistas; (iii) el perfeccionamiento y la forma del contrato, la urgencia manifiesta y algunos tipos de contratos; (iv) algunos aspectos relativos a su ejecución como el manejo de riesgo, la ecuación contractual y las denominadas «potestades excepcionales» y (v) la liquidación del contrato y la de solución de controversias.

En lo demás, la Ley 80 de 1993 prescribe que, por regla general, los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 de ese estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes (arts. 13, 23, 28, 32, 40, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 y art. 2 CC), salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. De modo que el contrato estatal se rige por las disposiciones comerciales y civiles, salvo lo previsto por las normas de orden público previstas en la Ley 80 y sus modificaciones (arts. 5.1 Ley 57 de 1887 y 3º de la Ley 153 de 1887)⁴.

El 22 de abril de 1997, Convel SA y el SENA celebraron el contrato n.º 00007 para la construcción de la estructura de concreto de la torre norte de la sede principal en Medellín [hecho probado 10.1]. Como el SENA, parte del contrato, es un

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de febrero de 2020, Rad. 31.628 [fundamento jurídico 4].



establecimiento público (artículo 1 de la Ley 119 de 1994), a sus contratos se aplica, además del derecho privado, la regulación especial prevista en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Salvedades en el acta de liquidación del contrato

12. El Ministerio Público adujo que se debían negar las pretensiones, porque no existía certeza de que el demandante hubiera realizado salvedad alguna frente a las reclamaciones de la demanda en el acta bilateral de liquidación.

La liquidación de los contratos celebrados por la Administración Pública es el acto jurídico por el cual se determina el estado de ejecución de las obligaciones. Deben liquidarse los contratos de ejecución sucesiva, es decir aquellos en que el objeto debe ejecutarse en actos escalonados y no solo en un acto único, y en los demás que lo requiera (art. 60 Ley 80 de 1993 subrogado art. 217 Decreto Ley 19 de 2012). La liquidación puede ser: (i) de mutuo acuerdo entre las partes (bilateral), (ii) unilateral, es decir por la Administración directamente y (iii) judicial⁵.

La liquidación de mutuo acuerdo (arts. 32 y 40 Ley 80 de 1993), constituye un negocio jurídico⁶. Un acuerdo negocial entre personas capaces de disponer, regido por las reglas sobre el consentimiento libre de vicios –error, fuerza y dolo– (arts. 1502, 1508 a 1516 CC). Si no se dejan «salvedades» –concretas y específicas–, las reclamaciones respecto de las prestaciones pendientes de ejecutar no podrán ser reconocidas por el juez del contrato, dado que ello desconocería el contenido del negocio jurídico (arts. 1602 y 1603 CC). Dicho negocio es susceptible de control judicial, por virtud de salvedades en ella contenidas⁷, por los vicios del consentimiento⁸ o por eventos sobrevinientes a su perfeccionamiento.

Ante el fracaso de la liquidación bilateral o voluntaria, la Administración tiene con la prerrogativa de adoptar unilateralmente un ajuste de cuentas definitivo, sujeto a los

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, Rad. 18.971 [fundamento jurídico 4], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 454, disponible en <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de agosto de 1984, Rad. 3215 [fundamento jurídico 4], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 455, disponible en <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de octubre de 1980, Rad. 1960 [fundamento jurídico F], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 461, disponible en <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de junio de 2008, Rad. 16.293 [fundamento jurídico 5.2], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 465, disponible en <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.



recursos legales y al control judicial, que, en el marco razonable del poder dispositivo conferido, refleje los débitos y créditos a favor de la entidad y el contratista. En la ausencia de las dos anteriores modalidades –ya sea por inexistencia total o parcial o por la pérdida de sus efectos vinculantes por causal de nulidad– corresponde al juez proceder a liquidar el contrato⁹.

13. Está acreditado que el 6 de abril de 1998, Convel SA solicitó al SENA mediante el oficio n.º 00087383 el reconocimiento de sobrecostos y el pago de intereses moratorios y que pagara las sumas correspondientes a las actas de obra n.º 6 y 7 de obras complementarias, del reajuste n.º 6, el reajuste definitivo n.º 1 al 5 y los ajustes al IVA [hecho probado 10.14]. El 20 de noviembre de 1998, Convel SA solicitó a la entidad a través del oficio n.º 00089002 el reconocimiento de los sobrecostos ocasionados por el horario extendido de sus trabajadores, por la mayor permanencia en obra por la ampliación del plazo y los intereses moratorios causados por el pago tardío de las actas de obra n.º 6 y 7 de obras complementarias, del reajuste n.º 6, del reajuste definitivo n.º 1 al 5 y los ajustes al IVA [hecho probado 10.15]. El 28 de enero de 1999, las partes suscribieron el acta de liquidación bilateral al contrato n.º 00007 y consignaron que el contratista se reservó la facultad de ejercer acciones judiciales o extrajudiciales tendientes a lograr el reconocimiento de sobrecostos ocasionados durante la ejecución del contrato, descritos en sus «cartas» n.º 00087383 del 6 de abril de 1998 y n.º 00089002 del 20 de noviembre de 1998 [hecho probado 10.17].

De manera que, el contratista reclamó expresamente en los oficios n.º 00087383 del 6 de abril de 1998 y n.º 00089002 del 20 de noviembre de 1998 el reconocimiento de los costos ocasionados por la mayor permanencia en obra por la ampliación del plazo y los intereses moratorios por el pago tardío de las actas de obra n.º 6 y 7 de obras complementarias y del reajuste n.º 6. Las partes consignaron las reclamaciones realizadas en esos oficios, que corresponden a las pretensiones de la demanda, como salvedades en el acta bilateral de liquidación.

Como las reclamaciones de la demanda corresponden con las salvedades consignadas en el acta bilateral de liquidación, la Sala se pronunciará frente a las pretensiones del demandante.

⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, Rad. 14.287 [fundamento jurídico 5.1], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 469-470, disponible en <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.



Para determinar la procedencia de los costos ocasionados por la mayor permanencia en obra, la Sala estudiará los efectos de la ausencia de salvedades, cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes, punto respecto del cual se unificará jurisprudencia. Posteriormente, la Sala se pronunciará frente a los intereses moratorios por el pago tardío de las actas solicitados en la demanda.

Ausencia de salvedades, cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes

14. De acuerdo con la apelación, corresponde a la Sala determinar si se deben reconocer o no los costos por mayor permanencia en obra cuando las partes amplían el plazo del contrato y si se probó que la entidad debe pagar intereses moratorios por el pago tardío de unas actas.

Para determinar si deben reconocerse o no costos por mayor permanencia en la obra –además de los argumentos expuestos por la entidad, tendientes a desvirtuar las razones por las cuales el tribunal de primera instancia la condenó por este concepto, en tanto se habrían efectuado acuerdos entre las partes– la Sala se ocupará del estudio de la ausencia de salvedades, cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes. En efecto, se acreditó que se celebraron acuerdos que modificaron el plazo y el precio del contrato [hechos probados 10.10 y 10.11], y que en ellos no se dejaron «salvedades» sobre el pago de costos por mayor permanencia en obra.

Este último aspecto es determinante, pues hay dos criterios jurisprudenciales respecto de los efectos que produce la ausencia de «salvedades» cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes. Como una de esas posturas adoptadas ha sido revisar, siempre, si se dejaron «salvedades», con independencia de si tal circunstancia fue motivo de excepción o apelación, la Sala estudiará este punto con el fin de unificar jurisprudencia, en tanto es necesario para estudiar el caso.

Además, el artículo 164 CCA prevé que en la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada¹⁰. La entidad excepcionó que el contratista ofertó precio o ampliación, pero

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de junio de 2004, Rad. 14.988 [fundamento jurídico III], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 282 disponible en <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.



no ambas en conjunto, e insistió en ello en el recurso de apelación, de manera que se procederá a estudiar este aspecto de acuerdo con lo que prescribe esa norma.

15. Según un primer criterio de la Sección Tercera, guardar silencio respecto de reclamaciones económicas al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales, cuyo propósito precisamente fuera el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, impedía la prosperidad de las reclamaciones por hechos anteriores a dichos acuerdos en sede judicial. En estas decisiones se estudió la intención de las partes al celebrar esos acuerdos y las pruebas de las reclamaciones hechas por el demandante para determinar la prosperidad de las pretensiones. La Sala concluyó que esos acuerdos regularon los asuntos objeto de litigio y que no era posible reclamar posteriormente lo ya regulado¹¹. La aplicación de este criterio jurisprudencial corresponde a una interpretación posible del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y de la *buena fe objetiva*, que, no obstante, será revisada y replanteada¹².

La Subsección C, con fundamento en las consideraciones expuestas para los casos resueltos por la Sección Tercera extendió sus efectos. Concluyó de *manera general*, que quien estuviera afectado con la alteración de las condiciones económicas debía consignar la salvedad al momento de suscribir contratos modificatorios o adicionales y, ante su ausencia, cualquier solicitud, reclamación o pretensión posterior sería extemporánea, improcedente e impróspera. La «salvedad», además, debía indicar de forma clara y expresa cuáles eran las condiciones o circunstancias que durante la ejecución afectaron la economía del contrato y en qué forma. Algunos pronunciamientos –incluso– sostuvieron que las reclamaciones frente a circunstancias anteriores a la firma de un contrato adicional o modificatorio, así no se encontraran relacionadas con el objeto de esos acuerdos, serían «improcedentes» pues existía una «oportunidad preclusiva» para consignar la respectiva «salvedad». Este criterio se apoyó en una interpretación del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en una equiparación de los acuerdos modificatorios con la liquidación bilateral del contrato y en el principio de la buena fe objetiva¹³. Esta

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, Rad. 13.356 [fundamento jurídico b.1] y sentencia de 31 de agosto de 2011, Rad. 18.080 [fundamento jurídico 6.2.]. Esta providencia Rad. 18.080 se puede consultar en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 416 disponible en <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.

¹² La Sala desestimó recientemente una demanda por error judicial por la aplicación de este criterio, Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2022, Rad. 67.712 [fundamento jurídico 9].

¹³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 10 de septiembre de 2014, Rad. 27.648, [fundamento jurídico 5.2], sentencia de 20 de octubre de 2014, Rad. 24.809 [fundamento jurídico 6.5.2], sentencia de 28 de mayo de 2015, Rad. 35.625 [fundamento jurídico 4], sentencia de 1 de julio de 2015, Rad. 37.613 [fundamento jurídico 5.3.3], sentencia de 29 de julio de 2015, Rad. 37.170 [fundamento jurídico 3.1],



postura ha sido retomada en algunas providencias recientes por la Subsección B, si bien esta precisó que no constituye un «requisito de procedibilidad»¹⁴.

16. En contraposición, en recientes pronunciamientos, la Subsección A y la Subsección C han sostenido que cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución del contrato, la ausencia de salvedades no implica una decisión desestimatoria de las pretensiones ni constituye un «requisito» para el reconocimiento de pretensiones. Según esta postura, se debe analizar el acuerdo de las partes y su alcance para definir la controversia¹⁵. En un fallo reciente la Subsección B compartió este criterio¹⁶.

17. Según el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. En consonancia, los artículos 4 numerales 3, 8 y 9, 5 numerales 1 y 3, 25 numeral 4 y 28 de esa ley también prevén que las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, mediante la firma de acuerdos sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses.

El artículo 27 no hace otra cosa que reconocer la capacidad de las partes para encontrar una solución a cualquier diferencia que pueda surgir en la ejecución del contrato. Nada impide a las partes autorregular sus intereses y relaciones para poner fin a cualquier diferencia o para llegar a un arreglo conforme a las reglas

sentencia de 29 de noviembre de 2016, Rad. 54.563 [fundamento jurídico 5.2], sentencia de 25 de febrero de 2016, Rad. 41.901 [fundamento jurídico 9], sentencia de 24 de abril de 2017, Rad. 55.836, [fundamento jurídico 5], sentencia de 23 de octubre de 2017, Rad. 55.855, [fundamento jurídico 2], sentencia de 29 de enero de 2018, Rad. 52.666 [fundamento jurídico 3]. La providencia Rad. 55.836 se puede consultar en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 468 disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH>. Con aclaración de voto de uno de sus integrantes.

¹⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 9 de julio de 2021, Rad. 61.234 [fundamento jurídico 2.1], sentencia de 18 de noviembre de 2021, Rad. 48.815S [fundamento jurídico 3.2 y 4], sentencia de 26 de enero de 2022, Rad. 64.897 [fundamento jurídico 51-52] y sentencia de 10 de junio de 2022, Rad. 61.168 [fundamento jurídico 37-41]. Estas providencias tuvieron votos disidentes de uno de sus integrantes sobre el tema de salvedades.

¹⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de mayo de 2020, Rad. 64.701 [fundamento jurídico 5.2.3], Subsección C, sentencia de 13 de agosto de 2020, Rad. 51.833 [fundamento jurídico 3.4.4], Subsección A, sentencia de 23 de octubre de 2020, Rad. 45.190 [fundamento jurídico 3.3.2], Subsección C, sentencia de 20 de noviembre de 2020, Rad. 38.097 [fundamento jurídico 10], Subsección A, sentencia del 5 de febrero de 2021, Rad. 46.726 [fundamento jurídico 3.3.3], sentencia de 19 de febrero de 2021, Rad. 65.277 [fundamento jurídico 3.2], sentencia de 7 de mayo de 2021, Rad. 43.055 [fundamento jurídico 3.1], sentencia de 4 de septiembre de 2021, Rad. 54.004 [fundamento jurídico 2], sentencia de 24 de septiembre de 2021, Rad. 52.577 [fundamento jurídico 3.2.2], Subsección C, sentencia de 22 de noviembre de 2021, Rad. 52.430 [fundamento jurídico 7], sentencia de 4 de febrero de 2022, Rad. 45.762 [fundamento jurídico I].

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de mayo de 2020, Rad. 42.962 [fundamento jurídico 13.5]. Esta providencia tuvo aclaración de voto sobre el tema de salvedades de uno de sus integrantes.



civiles (art 1602 CC). Autonomía supone autorregulación. Implica poder gobernarse por sus propias reglas. La autonomía es propia de todas las personas (art. 73 CC) como sujetos de derechos, incluidas por supuesto las personas morales (art. 633 CC) y dentro de ellas las de carácter público (art. 80 Ley 153 de 1887 y art. 38.2 Ley 489 de 1998) o de las entidades que, sin serlo, son autorizadas por la ley para obligarse (art. 2, 6 y 7 Ley 80 de 1993).

Por ello, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, en manera alguna establece una suerte de «requisito para la prosperidad de las pretensiones», según el cual, al suscribirse pactos adicionales durante la ejecución del contrato, el silencio de una de las partes frente a una determinada reclamación, genera una decisión contraria a sus pretensiones. El hecho de que el legislador propicie en esta norma acuerdos entre las partes, como lo hace en otros preceptos (p.ej. 4.9 y 25.14), no impide que puedan acudir al juez del contrato a resolver litigios y controversias, como derecho de los contratistas reconocidos en el artículo 5.3 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, pues, no establece «requisitos para la prosperidad de las pretensiones». Y al interpretar este artículo no pueden crearse requisitos de «oportunidad» para que prospere determinada pretensión o para reclamar los perjuicios que se derivan, por ejemplo, del incumplimiento del contrato, por el hecho de que durante su vigencia firmaron pactos que facilitaron su ejecución.

18. Tampoco pueden aplicarse, de manera extensiva, criterios jurisprudenciales que se han desarrollado respecto de la liquidación bilateral del contrato (art. 60 Ley 80). Como ya se precisó, la liquidación es un acuerdo de las partes en el que se declararan a paz y salvo. Los acuerdos (otrosíes o adiciones, *vgr*) que se pacten en desarrollo de la relación negocial, por el contrario, no tienen necesariamente, ese propósito, justamente porque la relación negocial continúa.

19. Los contratos estatales deben celebrarse y ejecutarse de buena fe. De manera que obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella (arts. 1603 CC y 871 C.Co). La dinámica contractual impone a cada una de las partes ligadas por un acuerdo bilateral, poner de su parte todos los medios para cumplir sus obligaciones correspondientes¹⁷. La buena fe, en la ejecución del contrato, se

¹⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencia de 11 de marzo de 1958 LXXXVII [fundamento jurídico párrafo 12].



ha entendido como objetiva, es decir que no parte de la «creencia» del sujeto de actuar ajustado a la ley, sino en respetar el pacto, cumplir las obligaciones o perseverar en su cumplimiento y actuar con corrección y lealtad durante su ejecución. Esta regla de conducta impone al juez estudiar cuál fue el comportamiento de las partes frente a la ejecución de sus obligaciones, desentrañar, según el tipo de contrato, qué corresponde a cada una de acuerdo con la naturaleza de la obligación y definir, con base en esos comportamientos, cuál es la responsabilidad con ocasión de la ejecución del contrato.

La buena fe, entonces, no habilita la juez para, vía jurisprudencia, crear «requisitos para la prosperidad de las pretensiones» o, a la manera de presupuestos procesales para dictar sentencia de mérito, implantar exigencias generales y abstractas, no establecidas en la ley (art 17 CC), que impidan estudiar el fondo de los conflictos sobre la ejecución del contrato -como lo son las «salvedades» en los acuerdos modificatorios-. El juez debe tener en cuenta lo expresado por las partes, valorar las pruebas e indagar el alcance de las modificaciones pactadas para determinar así, las responsabilidades que a cada una de ellas les atañen. Si no se resuelve de fondo la controversia, so pretexto de un silencio indeterminado derivado de la firma de acuerdos posteriores, se olvidaría que el deber fundamental del juez del contrato es desentrañar la intención de las partes y estudiar de fondo las pretensiones.

20. El silencio no puede ser interpretado por el juez del contrato como una declaración dispositiva. Si así se entendiera, se desconocería la autonomía de la voluntad. Este postulado supone la capacidad de disponer o no libremente de los derechos que son renunciables. Solo la ley o las partes pueden otorgar consecuencias al silencio. Negar las pretensiones por la inexistencia de «salvedades», es darle valor dispositivo al silencio por vía general, en otras palabras, implicaría el surgimiento de «reglas contractuales» sin que haya una declaración de voluntad.

21. Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes (*pacta sunt servanda*). Su fuerza obligatoria impone, pues, que las prestaciones acordadas deban ejecutarse en forma íntegra, efectiva y oportuna. En consecuencia, por regla general, sólo se extingue por el mutuo disenso de las partes (arts. 1602 y 1625 CC), por la declaración judicial de resolución o de terminación, cuando se acredita el incumplimiento de las obligaciones por uno de los contratantes (arts. 1546 y 1625.9 CC y 870 C. Co) o por la declaración judicial de nulidad absoluta o relativa (arts. 1625.8 y 1740 CC).



Cuando se incumple una obligación acordada en un contrato (por inejecución, por ejecución tardía o por ejecución defectuosa), la parte incumplida deberá responder si ese incumplimiento ocasiona perjuicios (arts. 1604, 1613 y 1616 CC). No obstante, la legislación civil y comercial permite a los contratantes modificar las reglas de responsabilidad contractual, en ejercicio de la *autonomía de la voluntad* (art. 1604, 1616 y 1732 CC).

Por su parte, la Ley 80 de 1993 establece que el contratista tiene derecho al equilibrio económico del contrato y dispone que las partes deben adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento (arts. 4.3, 4.8, 4.9, 5.1, 5.3, 14.1, 25.14, 27, 28 y 52). Preservación de la ecuación financiera que es un postulado especial de la contratación estatal y que no es una novedad de la Ley 80 (art. 11 Ley 4 de 1964, Decreto 150 de 1976 y art. 86 del Decreto 222 de 1983).

El artículo 15 CC, a su vez, establece que podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida la renuncia. En consonancia, el artículo 16 CC prescribe que no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.

Estas dos reglas –aplicables por remisión del artículo 13 de la Ley 80– no solo reconocen los «derechos civiles susceptibles de ser válidamente renunciados», sino también –y en contraposición– aquellos que, conferidos por la ley, no solo atañen al interés individual sino también al interés colectivo y social, cuya libre disposición prohíbe la ley. En el primer evento, se trata de una autorización que consulta, exclusivamente, un interés privado y que, por lo tanto, en su reconocimiento no están comprometidos el orden público, las buenas costumbres o «el interés colectivo y social»¹⁸.

Como la regla general es la *autonomía de la voluntad*, la renuncia de derechos concierne a los sujetos de una relación jurídica contractual particular, que -en tanto sujetos de derecho- están en capacidad para disciplinar el contenido del contrato. Por ello, las restricciones a ese poder de disposición son «excepcionales» pues: (i) requieren de norma legal que así lo prescriba; (ii) se pretenda la protección de

¹⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de junio de 1940 [fundamento jurídico párr. 5 y 6], en *Gaceta Judicial*, Tomo XLIX, p. 566 a 571.



determinados sujetos o intereses vitales; y (iii) se pongan en peligro el orden público, social o económico¹⁹.

22. El artículo 5.3 de la Ley 80 de 1993 prevé que las autoridades no pueden condicionar la participación en licitaciones ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco el pago de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de este.

Se trata de un mandato de carácter *prohibitivo* (art. 4 CC), en cuanto conmina a las entidades estatales a que no realicen la conducta allí descrita. En la primera parte, la prohibición dirigida a las entidades públicas se centra en la etapa precontractual, al impedirles exigir renunciaciones a cambio de la participación en licitaciones o de la adjudicación de contratos. Es evidente su carácter de orden público pues se pretende asegurar la participación libre de posibles oferentes (art. 333 CN) y, por ende, la selección de la mejor propuesta.

En la segunda parte de ese artículo 5.3, la restricción impuesta a las entidades públicas recae en la etapa contractual, dada su innegable posición predominante, al imposibilitarles condicionar la modificación del contrato o el pago de los derechos de los contratistas a la renuncia de derechos. En definitiva, esta prohibición legal busca proteger al contratista del Estado, para garantizar justamente su libertad de contratar y de disponer de sus derechos, conforme a las reglas generales del derecho común.

Los presupuestos de la aplicación de esa prohibición del artículo 5.3 de la Ley 80 son los siguientes: (i) los sujetos a los que se dirige son las entidades públicas, a quienes se les impide desplegar una conducta; (ii) la conducta prohibida es exigir como condición la renuncia, desistimiento, abandono de peticiones, acciones o demandas; (iii) las circunstancias de modo se refieren a que dicho condicionamiento se produzca a cambio de la posibilidad de participar en licitaciones, de adjudicar un contrato, de modificarlo o adicionarlo o para que se paguen las obligaciones y (iv) los sujetos protegidos con la prohibición son los oferentes y contratistas.

La Ley 80 de 1993 buscó brindar certeza a las relaciones contractuales del Estado,

¹⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 2011, Rad. 11001-3103-032-2001-00847-01 [fundamento jurídico 3].



mediante la prevalencia de la *autonomía de la voluntad* (art. 13). Por ello, el objeto del artículo 5.3. de esa ley no es impedir la renuncia a derechos de contenido patrimonial que atañen solo a su titular, ni constituye una derogatoria de los artículos 15 y 16 CC, en cuanto a la libre disposición de los derechos de interés individual. De la prohibición contenida en esta norma están excluidas las renunciaciones durante la ejecución del contrato o al finalizar el plazo contractual y que se produzcan por la libre decisión del contratista. En otras palabras, la norma referida no impide a los particulares titulares de derechos renunciar a ellos, pues esa decisión corresponde a la autonomía de la voluntad y a la libertad de contratar. Lo que proscribimos es que las entidades públicas impongan como condición esa renuncia.

De modo que, una interpretación sistemática de estas normas –artículos 15 y 16 CC y 5.3 de la Ley 80 de 1993– permite no solo la debida correspondencia y armonía entre ellas (art. 30 CC), sino que busca proteger el postulado de la autonomía de la voluntad, rector también de la contratación estatal. Las entidades no pueden, pues, condicionar a la renuncia de derechos la modificación de un contrato o el pago de perjuicios. Ello no significa, que si el contratista consiente libremente, como titular de determinados derechos, no pueda válidamente renunciar determinados derechos civiles susceptibles de ello, en tanto consultan solo el interés individual y no el interés colectivo y social. Una prohibición especial de renuncia requiere de ley especial y este no es el caso del artículo 5.3 de la Ley 80.

La especialidad del artículo 5.3 de la Ley 80 de 1993, pues, no radica en que prohíba de forma general la posibilidad de renunciar a determinados derechos, pues ello contravendría las reglas básicas de la libertad contractual (arts. 333 CN y 15 y 16 CC). La especialidad de este mandato (arts. 5.1 de la Ley 57 de 1887 y 3 de la Ley 153 de 1887) está en que proscribimos a las entidades estatales contratantes ejercer cualquier tipo de presión sobre los contratistas, para «condicionar» la reclamación de sus derechos

Si las entidades públicas no pueden exigir renunciaciones o desistimientos, el juez del contrato tampoco puede imponerlas mediante «requisitos para la prosperidad de las pretensiones», como la constancia de desacuerdos mediante «salvedades», ni mucho menos interpretar el silencio como generador de disposiciones contractuales, sin que la ley lo prescriba o las partes así lo hayan acordado.

23. No toda vicisitud o reclamación del contratista durante la ejecución del contrato,



supone la existencia de una controversia. Solo existirá una verdadera controversia cuando las partes han puesto en conocimiento y discusión el motivo y las razones que afectan la ejecución del contrato y se desarrolla un debate alrededor de estas razones, sin que, finalmente, se llegue a un acuerdo.

La Ley 80 de 1993, tanto en su texto (arts. 13, 32 y 40, entre otros), –como en la historia fidedigna de su establecimiento (art. 27 CC)– fue clara en que la contratación de las entidades públicas recuperara «la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y reguladora de las relaciones sociales». La voluntad no solo «rige el nacimiento del contrato, sino que también es fuente principal de los efectos que regirán la ejecución». Las relaciones entre la entidad contratante y el contratista se fundan en el acuerdo de voluntades, no solo generadora de obligaciones sino en todos aquellos pactos posteriores durante su ejecución.

Por ello, la misma ley previó que, por virtud de la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de la prerrogativa de liquidar unilateralmente el contrato, durante su ejecución bien pueden darse «simples convenios, convenciones o acuerdos, como expresión normal del desarrollo del contrato, de su administración o ejecución, los cuales no envuelven el concepto de contienda o litigio»; pueden surgir otros que supongan el ajuste o renuncia de algunos derechos; y algunos más en los que haya una verdadera expresión de la capacidad de transigir, esto es, de hacer concesiones recíprocas con el fin de precaver un litigio (arts. 5.1, 14, 25.5, 27, 28 y 52 Ley 80 de 1993)²⁰.

La Ley 80 de 1993 remitió a la aplicación de las normas del derecho privado (art. 13 Ley 80 de 1993). El artículo 1494 CC prescribe, como fuente de las obligaciones, el concurso real de las voluntades de dos o más personas. En consonancia, el artículo 864 CCo establece que el contrato, además de fuente de las obligaciones, también puede tener como efecto regularlas o extinguirlas. Por ello, no solo el contrato inicialmente celebrado entre la entidad y el contratista, sino también los acuerdos posteriores, son expresión genuina de la autonomía de la voluntad y comparten su naturaleza. En otras palabras, los acuerdos posteriores son también expresión de la *libertad contractual*, de esa autonomía negocial para regular aspectos de la ejecución del contrato, para facilitar su cumplimiento, precisar el objeto, ampliar el

²⁰ Exposición de motivos al proyecto de ley n.º 149 de 1992, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 75 de 1992, p. 11.



plazo, desistir de ciertas reclamaciones o adoptar decisiones transaccionales.

Esos acuerdos, por supuesto, también son, como el contrato, objeto de la interpretación a cargo del juez. *No hay una voluntad preponderante por la primacía temporal.* El juez debe determinar la intención de las partes, no solo en lo acordado inicialmente en el contrato, sino en los acuerdos posteriores, pues esos acuerdos son fundamentales para determinar si la ejecución del objeto se ajustó a lo pactado. El juez no solo debe tener en cuenta lo dispuesto en el contrato, sino en sus modificaciones, adiciones u otros íes posteriores y no puede limitarse a constatar su ejecución, sin antes desentrañar lo acordado en las distintas manifestaciones de la voluntad de las partes.

El juez del contrato debe seguir ante todo el criterio sentado por el artículo 1618 CC, según el cual, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Esta regla tiene plena aplicación cuando conste de manera inequívoca que la intención de las partes es distinta de lo que expresaron los términos del contrato y supone que, aún siendo «claro» en el sentido lingüístico y literal, ante una divergencia el juez debe precisar e indagar la recíproca intención de las partes, según las circunstancias del negocio jurídico²¹ [num. 37]. La labor del juez no se orienta, por supuesto, a «enervar, reemplazar o suplantar a las partes»²², ni a adulterar sus estipulaciones, sino más bien a la «consecución reflexiva del sentido de una estipulación»²³. En tal sentido, no solo al interpretar el contrato, sino sus acuerdos modificatorios, debe precisar la finalidad común de las partes, con el fin de determinar el resultado específico perseguido por ellas, de acuerdo con su contenido, alcance, utilidad y función²⁴.

En materia de adiciones, otros íes o contratos modificatorios, en algunos eventos, el juez al interpretar el contrato y los acuerdos durante su ejecución, como ha sucedido en algunos casos decididos por esta Sala, encontrará que la voluntad de las partes se limitó a facilitar la ejecución del contrato, sin que regularan asuntos relativos al incumplimiento o al desequilibrio contractual y se accedió a las pretensiones²⁵. En

²¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de noviembre de 2020, Rad. 11001-31-03-019-2011-00361-01 [fundamento jurídico C.1].

²² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de febrero de 2008, Rad. 2001-06915-01 [fundamento jurídico 1].

²³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de febrero de 2000, Rad. 5577 [fundamento jurídico 1].

²⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1 de agosto de 2002, Rad. 6907 [fundamento jurídico 3].

²⁵ Cfr. Consejo de Estado, Subsección B, sentencia de 5 de mayo de 2020, Rad. 42.962 [fundamento jurídico 13.5]. subsección C, sentencia de 20 de noviembre de 2020, Rad. 38.097 [fundamento jurídico 12-18],



otros, el juez constatará que las partes disciplinaron determinados aspectos de su relación, aceptaron modificaciones, renunciaron o transigieron determinados derechos, que posteriormente pretenden en juicio y, por ende, se negaron las pretensiones²⁶. Esta distinción es trascendental pues, a partir de ella, el juzgador debe determinar si en realidad el acuerdo refleja que las partes tuvieron la intención de resolver de manera definitiva un conflicto existente entre ellas.

No se pueden, pues, extraer conclusiones *a priori* generales. En todo caso, en esa labor interpretativa, se reitera, el juez no podrá concluir del silencio de las partes la renuncia a un derecho. El juez no podrá negar las pretensiones porque no se deduce de lo pactado que se hubiera dejado abierta la posibilidad de reclamar. Tendrá que estar probado que la intención de las partes, expresa, en el texto de los acuerdos, adiciones otrosíes etc, posteriores, o desentrañada de acuerdo con las reglas previstas por la ley, fue zanjar la diferencia que ahora se reclama en la demanda. Si no es así, esto es, si no se acordó nada en la respectiva modificación y se guardó silencio al momento de su suscripción sobre esa pretensión, siempre quedará abierta la posibilidad de reclamar.

El juez se encargará, pues, caso por caso de determinar el alcance del pacto, de acuerdo con la intención de las partes, sin que el silencio de una de ellas en acuerdos modificatorios, contratos adicionales u otrosíes, constituya una renuncia automática e inmediata a la posibilidad de formular reclamaciones.

El juez tiene a su cargo determinar –al desatar la controversia contractual– la voluntad de las partes, con el fin de establecer si esos acuerdos regularon los aspectos que comprenden las pretensiones y si tuvieron o no relación con esos aspectos, si se acordó o no algo frente a ellos. El juez deberá verificar, caso a caso, el alcance de lo acordado previamente por las partes en cada modificación contractual. No puede olvidarse que ese *iter* surtido antes del acuerdo puede ser muy importante para resolver de fondo el litigio, que es la obligación del juez como quedó dicho.

24. Por lo expuesto, a pesar de que se celebraron acuerdos que modificaron el plazo y el precio del contrato [hechos probados 10.10 y 10.11], y que en ellos no se

Subsección A, sentencia del 5 de febrero de 2021, Rad. 46.726 [fundamento jurídico 3.3.3], sentencia de 7 de mayo de 2021, Rad. 43.055 [fundamento jurídico 3.1].

²⁶ Cfr. Consejo de Estado, Subsección A, sentencia de 23 de octubre de 2020, Rad. 45.190 [fundamento jurídico 3.3.2], Subsección C, sentencia de 4 de septiembre de 2021, Rad. 54.004 [fundamento jurídico 6].



dejaron salvedades sobre el pago de costos por mayor permanencia en obra, la Sala estudiará, de acuerdo con las obligaciones del contrato, la reclamación de la parte demandante.

Mayor permanencia en obra

25. La demanda solicitó que se declara el incumplimiento del contrato del SENA por no reconocer costos derivados de la mayor permanencia en obra. También afirmó que la exigencia de costos por mayor permanencia en obra correspondía a una ruptura del equilibrio económico del contrato, pues la ampliación del plazo fue consecuencia de circunstancias no imputables al contratista. Adujo, en los hechos de la demanda, que no tuvo a su disposición estudios completos y claros y que le fueron entregados planos incompletos, situaciones que afectaron la ejecución del contrato.

La mayor permanencia en obra, ya sea por el incumplimiento del contrato o por un desequilibrio económico, corresponde a los costos que se ocasionan por la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato –aun cuando no implique, necesariamente, mayores cantidades de obra y obras adicionales– que deben ser reconocidos por la entidad, porque tienen su origen en circunstancias no imputables al contratista²⁷. En efecto, la ampliación del plazo puede aumentar los valores de la estructura de costos –administrativos, de personal y equipos– prevista inicialmente por el contratista²⁸. Por ello, el contratista puede reclamar los perjuicios derivados de la disponibilidad de equipo, los costos de personal y los costos administrativos – y en general los que se produzcan– por la mayor permanencia en obra, siempre que estén debidamente demostrados y no sean causados por hechos que le sean imputables. También hay lugar a reconocer los mayores costos cuando la mayor permanencia en obra se produce por la necesidad de ejecutar ítems de obra adicional o mayores cantidades de obra contratada. En este caso, será necesario cuantificar el valor de la obra adicional. En todo caso, deberán acreditarse los sobrecostos reales en que incurrió, porque no es dable suponerlos²⁹.

²⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2011, Rad. 18.080 [fundamentos jurídicos 5.3 y 5.4], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018 pp. 416 y 417, disponible en <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, Rad. 17.031 [fundamento jurídico 6.1.1], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 340 y 341, disponible en <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.

²⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2004, Rad. 10779 [fundamento jurídico 2.4]



La Sala analizará las reclamaciones de la demandante con fundamento en la actuación de las partes previa a las modificaciones del contrato. Aunque 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. Además, en el recurso de apelación, el SENA insistió en que el contratista ofreció plazo o precio y que, por ello, se acordó la ampliación sin adicionar el valor del contrato.

26. Según la demanda, el SENA debía ser condenado al pago de los sobrecostos por mayor permanencia en obra hasta el 20 de enero de 1998, dado que el plazo del contrato se amplió por circunstancias ajenas a su conducta.

Está acreditado que el 4 de diciembre de 1997, Convel SA y el SENA suscribieron una modificación al contrato n.º 00007 en la que ampliaron el plazo de ejecución de la obra hasta el 31 de diciembre de 1997 [hecho probado 10.10]. El 29 de diciembre de 1997, las partes volvieron a ampliar el plazo de ejecución de la obra hasta el 20 de febrero de 1998 [hecho probado 10.11]. Se estudiará lo relacionado con ambas modificaciones de forma separada.

27. Frente a la primera ampliación, se demostró –mediante acta del comité obra n.º 16– que el contratista solicitó una ampliación del plazo o un reconocimiento de recursos adicionales ante una reprogramación que había cambiado «completamente el camino a seguir en la estructura, abriéndose más frentes de trabajo simultáneos» [hecho probado 10.3].

Las actas de los comités de obra corresponden a una relación escrita de lo sucedido. Un acta es el documento en el que se deja constancia oficial de un hecho, pues en ella se consigna la relación de las circunstancias que sucedieron en el respectivo trámite. El acta del comité de obra n.º 16, documento privado que se presume «auténtico» [núm. 7], muestra, entonces, que el contratista propuso, de forma «disyuntiva», la ampliación del plazo «o» el reconocimiento de recursos adicionales, por cambios que se debieron realizar durante la ejecución del contrato –que en su concepto no eran atribuibles a su conducta– y que impactaron la programación de la obra.

28. El contratista, en oficio del 20 de noviembre de 1998 enviado al SENA, consignó



que en ese comité puso en consideración de la entidad, ante circunstancias que eran ajenas a su conducta, «dos opciones: o ampliaba el plazo o, en su defecto, reconocía los mayores costos para terminar el grueso de la estructura en diciembre de 1997» [hecho probado 10.15].

El oficio del 20 de noviembre de 1998 de Convel SA es un documento privado que se presume «auténtico» [núm. 7] y su contenido coincide con las demás pruebas allegadas al proceso. En ese documento, el contratista reiteró cual fue su propuesta para la modificación del contrato expuesta al SENA en el comité de obra n.º 16 del 21 de agosto de 1997, esto es, una ampliación del plazo «o» un reconocimiento de mayores costos.

29. El interventor, a su vez, consignó en oficio del 20 de diciembre de 1998, frente a la solicitud del contratista para ampliar el plazo o reconocer mayores costos realizada en el comité de obra n.º 16, que en su concepto era claro que el contratista «solicitaba lo uno o lo otro, pero no las dos opciones en forma simultánea» [hecho probado 10.15].

El oficio del 20 de diciembre de 1998 del interventor del contrato de obra n.º 00007 es un documento de contenido declarativo emanado de un tercero se presume «auténtico» [núm 7]. Lo consignado en el documento corresponde al conocimiento directo que tuvo el interventor, que se encargó de ejercer el control y vigilancia sobre la ejecución del contrato. En ese oficio, el interventor sostuvo que se debían reconocer las reclamaciones por trabajos en horario extendido, las cuales, se reitera, no fueron objeto del recurso de apelación. Frente a la ampliación del plazo, que es la reclamación a la que se imputa la mayor permanencia en obra, fue contundente en sostener que el contratista ofertó la ampliación del plazo «o» el reconocimiento de mayores costos para ejecutar la obra en el tiempo inicialmente pactado.

30. Se demostró, mediante acta del comité de obra n.º 24, que el 23 de octubre de 1997, el SENA comunicó al contratista que le concedía una ampliación del plazo en 30 «días solares», lo que implicaría una ampliación del plazo hasta el 20 de enero de 1998 [hecho probado 10.6]. Esta acta, documento privado que se presume «auténtico» [núm. 7], da cuenta de un ofrecimiento de la entidad frente a la ampliación del plazo, pero no del término de ampliación finalmente acordado por



las partes, que fue pactado hasta el 31 de diciembre de 1997 [hecho probado 10.10].

31. Respecto a las circunstancias que ocasionaron el retraso de obra y que llevaron al contratista a presentar la oferta de ampliación, se acreditó que el 26 de agosto de 1997, Convel SA –en oficio n.º 85857 al SENA– solicitó la ampliación del plazo en 47 días hábiles, porque circunstancias no imputables a su conducta ocasionaron el retraso de la obra [hecho probado 10.4]. Este documento privado que se presume «auténtico» [núm. 7], suscrito por una de las partes, da cuenta de las consideraciones que Convel SA manifestó al SENA para solicitar la ampliación del plazo inicial.

La interventoría de la obra, el 2 de septiembre de 1997, consignó en oficio al SENA que algunos retrasos se debían a la conducta del contratista y por ello recomendó una ampliación del plazo de 27 días hábiles [hecho probado 10.5]. En este documento privado emanado de un tercero, que se presume «auténtico» [núm. 7], quedó consignada la opinión del interventor que, al ser el encargado de vigilar la obra, recomendó este plazo «por razones de criterio personal, de traslapo de actividades y de algunos tiempos imputables a Convel».

Sergio Miguel Arango Mejía, ingeniero civil dependiente Convel SA y director de la obra al momento de los hechos (f. 242-248 c. 1), declaró que las reclamaciones se referían «a los trabajos en horarios extendidos en dominicales y festivos que hubo que laborar para dar cumplimiento a una fecha impuesta por el SENA», aspecto que no es objeto de debate porque fue negado en primera instancia. Agregó que circunstancias ajenas a la conducta del contratista ocasionaron el atraso de la obra. No obstante, señaló que unos daños en una torre grúa suministrada por Convel SA implicaron «negociar el plazo con la interventoría y dio lugar a una rebaja de 47 días solicitados a 30 reconocidos». Afirmó que las operaciones continuaron a pesar de esa circunstancia.

El relato del testigo fue claro, responsivo y completo, pues narró los hechos que presencié de forma directa, desde las funciones como director de la obra. Además, su dicho es claro y concreto y no se aprecian en su declaración incongruencias, inferencias o afirmaciones que no correspondan con lo que percibió durante la vigencia del contrato. La Sala da crédito a lo dicho por el testigo, en cuanto a la negociación que llevó a la ampliación del plazo.



La interventoría consignó en oficio del 20 de noviembre de 1998, dirigido al SENA [hecho probado 10.15], que, según la bitácora de la obra, la torre grúa tuvo una inactividad de 28 días «y desde luego ello no implica que sea la causa única de los retrasos en la programación, pues es un hecho incontrovertible durante esos días se ejecutó otro tipo de obras propias del contrato». Esta comunicación del interventor, documento privado emanado de un tercero que se presume «auténtico» [núm. 7] y cuyo contenido no fue desvirtuado en el proceso, aclara que la torre grúa suministrada por el contratista sufrió ciertos daños que implicaron su inactividad por «28 días» y reitera que la obra continuó por otros frentes.

Las pruebas dan cuenta que unos daños en una torre grúa suministrada por el contratista –que si bien según la prueba testimonial practicada no paralizaron la obra– incidieron en la oferta de modificación del plazo del contrato, dado que se pactó en un plazo inferior al solicitado inicialmente. La conducta del contratista, entonces, fue una circunstancia que influyó en la celebración de la modificación del contrato y en la propuesta que planteó de forma «disyuntiva» frente al ampliación de plazo o la entrega de mayores recursos para ejecutar la obra.

32. Las pruebas allegadas frente a la negociación de la modificación del 4 de diciembre de 1997, al contrato n.º 00007 de 22 de abril de 1997, dan cuenta de que Convel SA solicitó al SENA: (i) la ampliación del plazo en 47 días hábiles «o» (ii) el reconocimiento de una remuneración adicional para lograr ejecutar el contrato en el periodo establecido originalmente, dado que se presentaron situaciones que impactaron la ejecución de la obra que no le eran imputables.

El SENA y contratista acordaron la entrega de las obras con posterioridad a la fecha inicial por un plazo inferior al propuesto, por lo que suscribieron la modificación al contrato n.º 00007 el 4 de diciembre de 1997. En esta modificación, luego de la negociación que realizaron, las partes ampliaron el plazo del contrato por 19 días, sin aumentar el valor del contrato para cubrir costos administrativos por esa circunstancia, porque así lo propuso expresamente el contratista.

33. Los tratos preliminares no son indiferentes o intrascendentes para el derecho, dado que, formado el contrato, lo integran y orientan su interpretación (arts. 1618 y ss. CC). Los tratos y conversaciones preliminares encaminados a la producción del consentimiento son parte integral de este y su importancia se traduce en servir de



medios para descifrar la intención de las partes³⁰.

En los contratos sometidos a la Ley 80 de 1993, no obstante, la exigencia de la formalidad del escrito, esos tratos preliminares resultan de suma importancia para desentrañar el alcance del contrato o de los acuerdos que, durante su ejecución, suscriben las partes. No implica ello en modo alguno admitir, dada la formalidad sustancial exigida por la ley, la posibilidad de que las partes modifiquen con su conducta el contrato. Se trata de reconocer que las negociaciones de las partes, durante la etapa de formación del negocio jurídico o los contratos adicionales, modificatorios y otrosíes, permiten determinar la intención de las partes y, por ende, constituyen un criterio esencial para la labor de interpretación por el juez del contrato (arts. 23 y 28 de la Ley 80).

Las pruebas allegadas al proceso permiten concluir que los costos ocasionados por la ampliación del plazo, consignada en la modificación del contrato n.º 00007 del 4 de diciembre de 1997, fueron objeto de negociación preliminar. En efecto, el contratista propuso que se debía prorrogar el contrato «o» se debían reconocer una remuneración adicional para lograr ejecutar el contrato en el periodo establecido originalmente. La entidad aceptó la oferta de ampliación del plazo contractual, y descartó pactar sobrecosto alguno por ese concepto, dada la propuesta del contratista.

La intención de las partes [*communis intentio*] (art. 1618 CC), reflejada en los tratos preliminares y en el acuerdo suscrito el el 4 de diciembre de 1997, pues, permite concluir que los contratantes modificaron únicamente el plazo del contrato y consideraron que no era necesaria una remuneración. Las partes, durante la negociación de esta modificación, tuvieron en cuenta circunstancias imputables al contratista que incidieron en la ejecución del contrato y otras que afectaron el plazo de ejecución. Descartaron la inclusión de los costos, pues el mismo demandante, al ofrecer de forma «disyuntiva» la prórroga del contrato «o» el reconocimiento de recursos adicionales, sostuvo que ante la ampliación del plazo era innecesaria una remuneración adicional. El juez del contrato debe respetar lo pactado en las modificaciones al contrato, pues es ley para las partes y, por ende, deben cumplirse (art. 1602 CC). El consentimiento no puede ser desconocido por reclamaciones posteriores del demandante para obtener reconocimientos de sobrecostos, por el

³⁰ Cfr. Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 28 de junio de 1989, Rad. S-233 [fundamento jurídico 3].



factor tiempo que no formaron parte del acuerdo. Además, no se probó que la entidad, al pactar esta modificación, incurriera en la prohibición del artículo 5.3 de la Ley 80 de 1993 [núm. 22].

34. Para la Sala resulta claro, pues, que tanto el plazo como el precio fueron objeto de negociación y acuerdo por las partes. El contratista propuso una ampliación del plazo y, expresamente, afirmó que no eran necesarios más recursos, lo que llevó a la firma de la modificación de 4 de diciembre 1997. En cualquier caso, se practicó un dictamen pericial por Juan Carlos Restrepo Gutiérrez (f. 270-281 c. 1), que fue objeto de aclaración y complementación (f. 303-315 c. 1) [núm. 38]. El perito concluyó que la mayor permanencia en obra no debía ser reconocida económicamente al contratista. Estimó que el valor de los costos de administración por los días reclamados por Convel SA por mayor permanencia en obra se habían compensado, dado que la entidad había pagado un valor «de más» al contratista. De manera que esta prueba no soporta las afirmaciones de la demanda. Tampoco obran otras pruebas que permitan concluir la existencia de los costos administrativos reclamados.

35. Frente a la segunda ampliación, el 17 de diciembre de 1997, el contratista pidió al SENA una ampliación del plazo para ejecutar obras extra solicitadas por la entidad hasta el 20 de febrero de 1998 [hecho probado 10.9]. El 29 de diciembre de 1997, las partes volvieron a extender el plazo de ejecución de la obra hasta el 20 de febrero de 1998, y adicionaron el valor del contrato en \$31.313.147 para atender obras complementarias de escalas y muros de contención [hecho probado 10.11]. El 20 y 22 de enero de 1998, el contratista realizó trabajos de ajustes y limpieza final [hecho probado 10.12] y el 17 de febrero de 1998, las partes firmaron acta de recibo de obra [hecho probado 10.13].

Es regla general de interpretación de los actos jurídicos que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (art. 1618 CC). Esta intención puede desentrañarse tomando en consideración varios elementos, como lo son la naturaleza del contrato, las circunstancias que influyeron en su celebración y la aplicación práctica de las partes en la ejecución de las obligaciones derivadas del acuerdo, entre otros³¹.

³¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de junio de 1946 [fundamento jurídico párr. 13], en *Gaceta Judicial*, Tomo LX, nº. 2034, 2035 y 2036, p. 656 a 666.



No obstante, la citada regla de interpretación impone que se conozca «claramente» la discrepancia entre la intención real y la expresión material, esto es, que a partir de las pruebas allegadas al proceso, se conozca plena y claramente que el texto del contrato no corresponde con la voluntad de los contratantes³². En este supuesto, tal y como lo tiene determinado la jurisprudencia civil, el juzgador está autorizado para apartarse del texto literal y preferir la voluntad real. De ahí que, solo cuando conste de manera inequívoca que la intención de las partes es distinta de lo que expresan los términos del contrato (art. 1602 CC), es posible recurrir a la definición de esa voluntad a través de los diferentes criterios previstos por el Código Civil³³.

La intención de las partes [*communis intentio*] (art. 1618 CC), que aparece claramente en la modificación del contrato del 29 de diciembre de 1997, permite concluir que las partes estipularon, por concepto de la segunda ampliación del plazo, una adición al valor del contrato para atender obras complementarias de escalas y muros de contención, que cubrió los costos ocasionados por el factor tiempo. En cualquier caso, la Sala reitera [num. 34], que no hay pruebas que acrediten que por esa ampliación se causaron mayores costos administrativos por permanencia en obra. Además, no se probó que la entidad, al pactar esta modificación, incurriera en la prohibición del artículo 5.3 de la Ley 80 de 1993 [núm. 22].

Intereses moratorios

36. Según el artículo 1605 CC, la obligación de dar contiene la de entregar la cosa, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir. El pago es uno de los modos de extinguir las obligaciones (art. 1625 CC). El pago es, además, la prestación de lo que se debe (art. 1626 CC) y debe hacerse conforme al tenor de la obligación (art. 1627 CC).

La infracción del contrato puede hacer responsable al incumplido de los perjuicios que ocasione al otro contratante. La mora del deudor es el retraso contrario a

³² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de noviembre de 2020, Rad. 11001-31-03-019-2011-00361-01 [fundamento jurídico C.1].

³³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de agosto de 1924 [fundamento jurídico 8] en *Gaceta Judicial*, Tomo XXXI, n.º. 1593, p. 121, y sentencia del 6 de marzo de 1972 [fundamento jurídico II], en *Gaceta Judicial*, Tomo CXLII, n.º. 2352, 2357 p. 98 a 106. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de junio de 2012, Rad. 23191 [fundamento jurídico 38 a 40], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos*, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 110 a 111, disponible en <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.



derecho, de la prestación que le sea imputable a él³⁴. El deudor está en mora de cumplir sus obligaciones: (i) cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora; (ii) cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla y (iii) en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor (art. 1608 CC). El retardo en el cumplimiento –mora– habilita al acreedor a exigir el objeto de su obligación y después de esta, la indemnización moratoria. El deudor debe esta indemnización después de estar constituido en mora cuando la ley lo imponga (art. 1615 CC).

37. Según la demanda, la entidad debía pagar los intereses moratorios causados por el pago tardío de las actas de obra n.º 6 y 7 de obras complementarias y del reajuste n.º 6.

Las partes pactaron, en la cláusula séptima del contrato n.º 00007, que la entidad debía reconocer intereses moratorios en los siguientes términos: «Obligaciones del SENA: 5. Reconocer los intereses moratorios sobre el valor del pago respectivo, cuando su cancelación se produzca con posterioridad a los 30 días hábiles de presentada la cuenta de cobro con su respectiva acta. Este interés será equivalente al civil».

Según la cláusula séptima del contrato n.º 00007, cuando el contratista presentara las cuentas de cobro con su respectiva acta al SENA y esta las pagara con posterioridad a los 30 hábiles siguientes a su radicación, la entidad debía reconocer intereses moratorios equivalentes al interés civil. La intención subjetiva o voluntad interna de las partes aparece sin ambigüedades en esta estipulación. Conforme a ella, ante la infracción del plazo allí acordado se debían pagar intereses de mora.

38. El artículo 233 CPC dispone que la peritación constituye un medio de prueba a través del cual se constatan hechos relevantes para el litigio, que exigen de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. La ley procesal determina que la pericia debe contener dos partes relacionadas entre sí: el proceso cognoscitivo y las conclusiones. El primero supone una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, exigencia lógica que implica brindar

³⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de julio de 1936 XLIV 65 [fundamento jurídico párrafo 12].



una explicación clara sobre cuáles fueron los instrumentos, materias y sustancias empleadas, que constituyen el soporte y garantía de credibilidad de sus conclusiones. El segundo impone que tales conclusiones se ajusten a los principios de la ciencia, arte o técnica aplicada y respondan de forma concreta, clara, ordenada y sin ambigüedades a todos los puntos sometidos a su consideración por las partes.

Las conclusiones del dictamen deben tener justificación no solo en la opinión del experto, sino en soportes que ofrezcan respaldo a su labor. Estos soportes brindan firmeza al dictamen y el perito puede acudir a exámenes o investigaciones que le permitan elaborar un concepto preciso y detallado, tal como lo prevé el artículo 237.6 CPC. En armonía, el artículo 241 CPC ordena que el juez deberá analizar la conducencia en relación con el hecho que se pretende probar y la competencia del perito. De modo que, es preciso verificar que (i) no se acredite objeción por error grave; (ii) esté debidamente fundamentado, con conclusiones claras y precisas; (iii) se haya permitido su contradicción y (iv) otras pruebas no lo desvirtúen.

38.1 En el proceso se practicó un dictamen pericial rendido por Juan Carlos Restrepo Gutiérrez para calcular los intereses moratorios ocasionados por el pago tardío de las actas reclamadas (f. 270-281 c. 1), que fue objeto de aclaración y complementación (f. 303-315 c. 1). El perito conceptuó que debido a que en las actas no se consignó la fecha de su elaboración ni la de las obras, debió tomar «el mes posterior al final del periodo para el cual se reajustó la obra por concepto de actualización de precios entre el momento en que se cotizó y el momento en que se ejecutó y se hizo el acta de obra». Concluyó que la entidad debía \$21.339.611 por concepto de intereses moratorios. Según lo pactado por las partes en la cláusula séptima del contrato, los intereses moratorios se causarían si la entidad pagaba las cuentas de cobro presentadas por el contratista con su respectiva acta con posterioridad a los 30 hábiles siguientes a su radicación. Como el perito no tomó la fecha de radicación de los señalados documentos para fundamentar el dictamen pericial, sus conclusiones son ajenas a lo pactado por las partes en el contrato n.º 0007. La Sala, entonces, no acoge el dictamen pericial, porque su fundamento carece de firmeza y precisión. No tiene eficacia probatoria según los artículos 233, 237 y 241 CPC.

38.2 En el proceso también se practicó un dictamen pericial rendido por María Teresa Vélez Maya (f. 372-378 c. 1), que fue objeto de aclaración y



complementación (c. 447-453 c. 1), para determinar si las actas parciales de obra y las obras extras y adicionales habían sido pagadas por el SENA a solicitud del contratista. La perito identificó las actas, su valor y la fecha de pago. Anexó la factura n.º 10568, que según su contenido corresponde al «valor bruto acta contractual n.º 6 más acta complementaria n.º 6» por valor de \$31.313.110 y la identificó como el acta 6. También adjunto la factura n.º 11873, que corresponde según lo consignado en ella a «la liquidación contrato n.º 007» por valor de \$14.652.072, que la perito identificó como el acta 7.

La Sala advierte que la perito no señaló la fecha de la presentación de la cuenta de cobro que la demanda afirma se pagó por fuera del plazo pactado en el contrato. La factura n.º 10568, que corresponde al «valor bruto acta contractual n.º 6 más acta complementaria n.º 6», por su parte, no tiene fechade recibido por parte de la entidad. Ahora, aunque la perito identificó la factura n.º 11873 con el acta n.º 7, de su contenido no es posible concluir que corresponda al acta n.º 7 de obras complementarias reclamada en la demanda, pues en la factura se consignó que se había emitido con ocasión a «la liquidación contrato n.º 007». Su valor – \$14.652.072– tampoco corresponde con el valor del acta reclamado en la demanda –\$9.570.564–. En consecuencia, como el dictamen no tuvo en cuenta la radicación de la cuenta de cobro y los documentos soporte tampoco identifican tal fecha, de acuerdo con lo pactado en el contrato, el dictamen pericial carece de eficacia probatoria.

39. Obra en el proceso el documento que la entidad contratante denominó «cuenta de cobro y comprobante de pago» expedido por el SENA (f. 19 c. 2). Según lo allí consignado, corresponde al «valor que se cancela por concepto de acta y recibo de pago parcial obra n.º 6». Este documento es público y se presume auténtico [núm. 7]. Sin embargo, su contenido no permite establecer con certeza el momento en el que fue radicada la cuenta de cobro junto con la correspondiente acta, de modo que no es posible concluir tardanza alguna por parte de la entidad de conformidad con lo pactado en la cláusula séptima del contrato n.º 00007.

40. Al proceso se allegó la «nota crédito n.º 2258», emitida por Convel SA. Según su contenido, el documento correspondía al «valor acreditado por concepto de anulación facturas n.º 10549, 10548, 10585 de enero y febrero /98, acta de reajuste n. 6 y reajustes definitivos actas n.º 1 al 5 y acta contractual n.º 7, correspondientes al contrato n.º 007». Este documento privado se presume «auténtico» [núm. 7] y no



hay pruebas que desvirtúen lo que en él se consignó. No obstante, tampoco da cuenta de la fecha en las que se entregaron las cuentas de cobro junto con las actas cuyo pago tardío se reclama.

41. De manera que, las pruebas documentales allegadas al proceso no permiten acreditar la fecha en la que el contratista entregó las cuentas de cobro junto con sus respectivas actas a la entidad. Tampoco obran pruebas testimoniales mediante las cuales se pueda definir el momento de radicación de la cuenta de cobro. Como no existe certeza frente a esa fecha, no se acreditó que la entidad estuviera obligada a pagar los intereses moratorios reclamados, pues según la cláusula séptima del contrato n.º 00007, la fecha de entrega de los citados documentos determinaba el inicio del término cuyo vencimiento daría lugar al nacimiento de esa obligación.

Según el artículo 1757 CC, incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. De modo que, el acreedor debe demostrar el surgimiento de la obligación con la prueba del hecho jurídico generador de la misma o el deudor – si excepciona– debe probar su extinción (carga de la prueba). Al demandante, pues, es a quien le corresponde probar hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones³⁵. En concordancia, el artículo 177 CPC, aplicable por remisión expresa de los artículos 168 y 267 CCA, prevé que las partes deben probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen.

42. La demanda adujo, como pretensión subsidiaria, que el SENA se había enriquecido injustamente por los hechos aducidos en la demanda.

La jurisprudencia tiene determinado que para la procedencia de la acción de enriquecimiento sin justa causa o *actio in rem verso* se requiere de la ausencia de una *causa jurídica* del desplazamiento patrimonial y que el demandante carezca de cualquier otra acción que le permita reparar la situación, dado su carácter subsidiario³⁶. En el ámbito de esta jurisdicción, supondría plantear la controversia de naturaleza extracontractual (reparación directa) y como último recurso a falta de

³⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 13 de febrero de 1936 [fundamento jurídico párr. 10] en *Gaceta Judicial, Tomo XLIII* n.º. 1907 - 1908, pp. 334 - 336 y sentencia del 13 de enero de 1971 [fundamento jurídico IV párr. 4] en *Gaceta Judicial, Tomo CXXXVIII*, n.º. 2340 a 2345, p. 24.

³⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de noviembre de 1936, [fundamento jurídico G.J. XLIV p. 474]. En el mismo sentido, reiterados por esta Corporación, cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de septiembre de 1986, Rad. 3785 [fundamento jurídico f], sentencia de 7 de junio de 2007, Rad. 14.669 [fundamento jurídico 7.1], sentencia de 25 de noviembre de 2004, Rad. 25.560 [fundamento jurídico 8] y sentencia de 19 de noviembre de 2012 Rad. 24897 [fundamento jurídico 11.1] en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018 pp. 891, 895, 896 y 899 disponible en <https://cutt.ly/OQ9KFJH>.



otra acción. Como el desplazamiento patrimonial alegado tiene origen en una causa jurídica –el contrato n.º 0007–, que fue perseguida a través del medio de control de controversias contractuales, no se cumplen los presupuestos para la procedencia del enriquecimiento sin justa. Por ello, se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se negarán las pretensiones.

43. De conformidad con el artículo 171 CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas, porque no se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe.

Unificación de jurisprudencia sobre los efectos de la ausencia de «salvedades»³⁷

44. Cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución de un contrato, el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos. El deber del juez será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, las normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato. Conforme a dichas reglas, establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado.

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

FALLA:

³⁷ Sobre las sentencias de unificación de jurisprudencia, el Magistrado Ponente ha expresado algunos cuestionamientos, que se encuentran en los votos particulares a las providencias de 1 de agosto de 2019, Rad. 58371 y de 29 de noviembre de 2022, Rad. 68177.



37
Expediente n.º 39.121
Demandante: Convel SA
Niega pretensiones

PRIMERO: REVÓCANSE el numeral primero y segundo de la sentencia del 19 de marzo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y, en su lugar, se dispone:

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda, respecto a la mayor permanencia en obra y a los intereses moratorios causados por el pago tardío de las actas de obra n.º 6 y 7 de obras complementarias y del reajuste n.º 6.

SEGUNDO: CONFÍRMASE en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Aclaro de voto

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Aclaro de voto

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Aclaro de voto

Firmado electrónicamente
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Aclaro voto

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Salvo voto

Firmado electrónicamente
GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Aclaro de voto