

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Accede parcialmente

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / MAYOR CANTIDAD DE OBRA PÚBLICA - Por uso de cable de alta resistencia, no pagadas en el acta final de recibo del contrato / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / INFORME TÉCNICO – El informe de expertos debe someterse a la contradicción prevista para el dictamen pericial / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO - Toda reclamación o salvedad relativa al equilibrio económico del contrato al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., supone que quien esté afectado con la alteración de las condiciones económicas del contrato no solo consigne en el acta o documento respectivo la reclamación o salvedad sino, también, que exprese de forma clara y expresa cuáles son las condiciones o circunstancias que en la ejecución están afectando la economía del contrato y en qué forma / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / ADICIÓN DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE IGUALDAD - En los contratos de las entidades públicas se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL – Primacía / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO – Salvedades como presupuestos o requisito de procedibilidad / SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – El silencio de una de las partes frente a una determinada reclamación, le impide pretenderla en proceso judicial / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Diferencia con alteración del equilibrio económico del contrato / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Presupuestos de la pretensión / BUENA FE CONTRACTUAL / APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL - Es objetiva, es decir no parte de la creencia del sujeto de actuar ajustado a la ley, sino de respetar el pacto, cumplir las obligaciones o preservar en su cumplimiento y actuar con corrección y lealtad durante la ejecución / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL - Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe / FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO – El contrato obliga no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL – No habilita al juez para, vía jurisprudencia, crear requisitos de procedibilidad o, a la manera de presupuestos procesales para dictar sentencia de mérito / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO – El juez del contrato debe resolver de fondo la controversia, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO – Ausencia de salvedades en otrosíes o contratos posteriores no impiden conocer de fondo sobre las pretensiones cuando se firman contratos posteriores y en ellos no se dejan salvedades / INFORME TÉCNICO – El informe de expertos debe someterse a la contradicción prevista para el dictamen pericial / PRUEBA TESTIMONIAL – Diferencia con el dictamen pericial / PRUEBA TESTIMONIAL – Presupuestos / PRUEBA TESTIMONIAL – El testigo no es elegido ni por las partes ni por el juez, sino que interviene porque como tuvo una vinculación histórica con las circunstancias que conoció, de forma directa o indirecta, hace un relato que interesa para resolver el litigio / PRUEBA TESTIMONIAL – Al testigo se le pide que haga memoria de hechos / DICTAMEN PERICIAL - Al perito se le pide la aplicación de una determinada técnica y ciencia para poder apreciarlos / PRUEBA TESTIMONIAL – Puede calificar y analizar el modo y el por qué e un hecho desde su experiencia / PRUEBA TESTIMONIAL – El testigo puede referirse a las cualidades de los objetos que intervinieron en la acción, a su percepción sobre cantidades, rapidez, ubicación, luminosidad, entre otras, las cuales

necesariamente serán objeto de juicios valorativos provenientes del declarante, de acuerdo a las apreciaciones técnicas o científicas que posea / **PRUEBA TESTIMONIAL – Puede emitir concepto técnico a la manera de un perito / PRUEBA TESTIMONIAL – Presupuestos del testimonio técnico / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - No es una causa de desequilibrio económico del contrato / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Se demostró por las demandantes / INTERPRETACIÓN CONTRAESTIPULANTE - Las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor, artículo 1629 CC**

SÍNTESIS DEL CASO: El departamento de Antioquia y las sociedades Construcciones el Cóndor S.A. y Concreto Ingenieros Civiles SA suscribieron contrato de obra para la construcción de puentes con cables de alta resistencia. Finalizado el contrato, el consorcio contratista reclama el pago de las mayores cantidades de obra por uso de cable de alta resistencia, no pagadas en el acta final de recibo del contrato.

PROBLEMA JURÍDICO: Corresponde a la Sala determinar si se incumplió un contrato para la construcción de una vía, incluidos varios puentes, en el que se no se pactó expresamente la forma de determinar las cantidades de obra por uso de cable de alta resistencia y la entidad optó por un sistema de medición diferente al ofertado por el contratista.

PRESUPUESTO PROCESAL / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / CONTROVERSIA CONTRACTUALES

La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce de las controversias derivadas de la actividad contractual de las entidades públicas. Así se deduce del artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006. El Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto, de conformidad con los artículos 129 y 132 del CCA, contra una sentencia proferida en un proceso de doble instancia, pues a la fecha de presentación de la demanda -18 de diciembre de 1998- la pretensión mayor debía superar \$101.913.000 y como en este caso equivale a \$145'675.614 el proceso tiene vocación de doble instancia.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 82 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 129 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 132 / LEY 1107 DE 2006 – ARTÍCULO 1

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES – Daño causado con acto administrativo de liquidación del contrato

La acción de controversias contractuales es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene del acto administrativo de liquidación del contrato (art. 90 C.N. y art. 87 C.C.A.).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 90 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 87

CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES / APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del CGP, establece que las leyes procesales son de aplicación inmediata, pero el trámite que se hubiere iniciado con la anterior, se regirá por la ley vigente al tiempo de su iniciación. El artículo 136 del CCA, antes de la modificación introducida por la Ley

446 de 1998, vigente al momento en que empezó a correr el término para presentar la demanda, disponía que las pretensiones relativas a los contratos caducarían en dos años de ocurridos los motivos de hecho o derecho que le sirvan de fundamento. Como la actuación se inició en vigencia de esta norma procesal, esa norma procesal es la aplicable para definir la presentación oportuna de la demanda. La demanda se interpuso en tiempo -18 de diciembre de 1998- pues el 9 de enero de 1997 se venció el plazo del contrato y se recibió a satisfacción la obra [hecho probado 8.17], esto es, dentro de los dos años que dieron lugar a los motivos de hecho o derecho que dieron lugar a la reclamación.

FUENTE FORMAL: LEY 153 DE 1887 – ARTÍCULO 40 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 624 / LEY 446 DE 1998

REGULACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – Presupuestos para determinar el régimen jurídico aplicable / REGULACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL – La Ley 80 de 1993 es la excepción y la regla general es que el régimen contractual del departamento es el derecho privado / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO – Presupuestos

Como el contrato n.º 07-01-94 se perfeccionó el 9 de enero de 1994 [hecho probado 8.11] y una de sus partes es el departamento de Antioquia [hechos probados 8.1 a 8.11] se rige por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. El artículo 13 de esa ley establece 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, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Es decir, que la Ley 80 de 1993 es la excepción y la regla general es que el régimen contractual de esas entidades es el derecho privado (arts. 13, 23, 28, 32, 40, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993). De tal forma que el régimen del contrato es el derecho privado y la Ley 80 de 1993 se aplicará solo en los aspectos expresamente regulados por ella, esto (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 (que bien podría en el futuro mirarse más como una materia de derecho de la competencia); (iii) algunos aspectos relativos a su ejecución como el manejo de riesgo y las potestades excepcionales y (iv) los mecanismos de solución de controversias.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 13 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 23 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 28 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 32 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 40 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 44 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 45

ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO - Toda reclamación o salvedad relativa al equilibrio económico del contrato al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., supone que quien esté afectado con la alteración de las condiciones económicas del contrato no solo consigne en el acta o documento respectivo la reclamación o salvedad sino, también, que exprese de forma clara y expresa cuáles son las condiciones o circunstancias que en la ejecución están afectando la economía del contrato y en qué forma / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / ADICIÓN DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE IGUALDAD - En los contratos de las entidades públicas se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL –

Primacía / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO – Salvedades como presupuestos o requisito de procedibilidad / SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – El silencio de una de las partes frente a una determinada reclamación, le impide pretenderla en proceso judicial / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Diferencia con alteración del equilibrio económico del contrato

Esta Subsección ha sostenido que toda reclamación o salvedad relativa al equilibrio económico del contrato al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., supone que quien esté afectado con la alteración de las condiciones económicas del contrato no solo consigne en el acta o documento respectivo la reclamación o salvedad sino, también, que exprese de forma clara y expresa cuáles son las condiciones o circunstancias que en la ejecución están afectando la economía del contrato y en qué forma. Este criterio se apoya en una interpretación del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y del principio de la buena fe objetiva. Como se acreditó, que durante la ejecución del contrato las partes suscribieron varios acuerdos modificatorios, en los cuales se prorrogó su vigencia, se hicieron ajustes presupuestales y se adicionó el valor inicialmente pactado [hecho probado 8.15], sin que en ellos la parte demandante hiciera reclamación alguna o dejara salvedad con ocasión del pago de las cantidades de cable de alta resistencia, no habría lugar a estudiar esa reclamación. No obstante, la Sala estima necesario volver a estudiar el asunto, con el fin de analizar con mayor detenimiento cuál es el efecto que produce la firma de acuerdos entre las partes durante la ejecución del contrato. El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 dispone que en los contratos de las entidades públicas se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar. 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. Como en la Ley 80 de 1993 prima la autonomía de la voluntad, dado que su régimen contractual principal es el derecho privado (arts. 13, 23, 28, 32, 40, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993), 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 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) 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 de procedibilidad previo”, según el cual, al suscribirse pactos adicionales durante la ejecución del contrato, el silencio de una de las partes frente a una determinada reclamación, le impide pretenderla en proceso judicial y que sea estudiada de fondo por el juez del contrato. El hecho de que el legislador propicie en esta norma, 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 controversia, como derecho de los contratistas reconocidos en el artículo 5 numeral 3 de la Ley 80 de 1993. Es más, no obstante que la norma no tiene el alcance pretendido, la aplicación del “criterio jurisprudencial” que de ella se ha derivado, ha sido llevada a casos en los que no se estudia la alteración del equilibrio económico del contrato, sino en los que se reclaman incumplimientos. De manera que se ha extendido a supuestos que ni siquiera prevé el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. Aunque el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 pareciera sugerir al incumplimiento como una causa de desequilibrio económico del contrato, y el tratamiento jurisprudencial sobre el punto no pareciera del todo claro, lo cierto es que se trata de fenómenos distintos. Una cosa

es el incumplimiento de una parte, por la desatención de sus obligaciones, y otra cosa son los eventos en que el equilibrio puede verse afectado por factores externos a las partes o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración, como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos, en ejercicio legítimo de su condición de autoridad. Tampoco pueden aplicarse criterios jurisprudenciales que se han desarrollado respecto de a liquidación bilateral del contrato (art. 60 Ley 80). El acta de liquidación contiene acuerdos, conciliaciones y transacciones a que lleguen las partes para poner fin a las controversias y poderse declarar a paz y salvo. La liquidación de mutuo acuerdo busca convertirse en un paz y salvo, los acuerdos (otrosíes) que se pacten en desarrollo de la relación negocial no tienen ese propósito, justamente porque la relación negocial continúa.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 27 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 5 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1602 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 73 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 633 / LEY 153 DE 1887 – ARTÍCULO 80 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 60 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 13 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 23 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 28 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 32 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 40 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 44 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 45

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – - Presupuestos de la pretensión / BUENA FE CONTRACTUAL / APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL - Es objetiva, es decir no parte de la creencia del sujeto de actuar ajustado a la ley, sino de respetar el pacto, cumplir las obligaciones o preservar en su cumplimiento y actuar con corrección y lealtad durante la ejecución / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL - Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe / FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO – El contrato obliga no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL – No habilita al juez para, vía jurisprudencia, crear requisitos de procedibilidad o, a la manera de presupuestos procesales para dictar sentencia de mérito / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO - El juez del contrato debe resolver de fondo la controversia, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO – Ausencia de salvedades en otrosíes o contratos posteriores-no impiden conocer de fondo sobre las pretensiones cuando se firman contratos posteriores y en ellos no se dejan salvedades

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 no impide a una parte demandar. Y al interpretar este artículo no pueden crearse requisitos de “oportunidad” para exigir 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. Este criterio impide estudiar de fondo las pretensiones de las partes, con el fin de determinar si tienen fundamento o no en reglas acordadas. Los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil prescriben que los contratos 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. La buena fe, en la ejecución del contrato, se 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, pues, al juez es 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 parte de acuerdo con la naturaleza de la obligación y definir, dados esos comportamientos, cuál es la responsabilidad que corresponde a cada cual con ocasión de la ejecución del contrato. La buena fe, entonces, no habilita la juez para, vía jurisprudencia, crear “requisitos de

procedibilidad” 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 de la ejecución del contrato y, por ende escuchar a las partes, valorar las pruebas y averiguar 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. De manera que cuando se llegue a acuerdos durante su ejecución, el juez del contrato debe resolver de fondo la controversia, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad. El deber del juez, de acuerdo con 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, será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance y así establecer si las partes pretendieron, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se le formula y los términos de esa regulación. Por lo expuesto, a pesar de que se celebraron acuerdos que modificaron el plazo y el precio del contrato, y que en ellos no se dejaron salvedades sobre el pago de las cantidades de obra por uso de cable, la Sala entrará a estudiar, de acuerdo con las obligaciones del contrato, la reclamación de la parte demandante.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 871 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1603 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 17

INFORME TÉCNICO – El informe de expertos debe someterse a la contradicción prevista para el dictamen pericial / PRUEBA TESTIMONIAL – Diferencia con el dictamen pericial / PRUEBA TESTIMONIAL – Presupuestos / PRUEBA TESTIMONIAL – El testigo no es elegido ni por las partes ni por el juez, sino que interviene porque como tuvo una vinculación histórica con las circunstancias que conoció, de forma directa o indirecta, hace un relato que interesa para resolver el litigio / PRUEBA TESTIMONIAL – Al testigo se le pide que haga memoria de hechos / DICTAMEN PERICIAL - Al perito se le pide la aplicación de una determinada técnica y ciencia para poder apreciarlos / PRUEBA TESTIMONIAL – Puede calificar y analizar el modo y el por qué e un hecho desde su experiencia / PRUEBA TESTIMONIAL – El testigo puede referirse a las cualidades de los objetos que intervinieron en la acción, a su percepción sobre cantidades, rapidez, ubicación, luminosidad, entre otras, las cuales necesariamente serán objeto de juicios valorativos provenientes del declarante, de acuerdo a las apreciaciones técnicas o científicas que posea / PRUEBA TESTIMONIAL – Puede emitir concepto técnico a la manera de un perito / PRUEBA TESTIMONIAL – Presupuestos del testimonio técnico

A diferencia del dictamen pericial, cuyo objeto es emitir una opinión técnica sobre hechos que el perito conoce después de su ocurrencia, la prueba testimonial tiene como fin que el declarante haga referencia a hechos que le constan, porque los percibió. De manera que el testigo no es elegido ni por las partes ni por el juez, sino que interviene porque como tuvo una vinculación histórica con las circunstancias que conoció, de forma directa o indirecta, hace un relato que interesa para resolver el litigio. Al testigo se le pide que haga memoria de hechos y al perito la aplicación de una determinada técnica y ciencia para poder apreciarlos. Ello no quiere decir que el testigo esté impedido para calificar y analizar el modo y el por qué de un hecho desde su experiencia. Relatar un hecho, en sí mismo, lleva implícito ciertos juicios, porque supone describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió. Como expone todo lo que sabe sobre el punto de que se trata el proceso, sobre él tendrán influencia su profesión o su oficio, sin que, por ello, se convierta en perito. Así, por ejemplo, en su declaración el testigo puede referirse a las cualidades de los objetos que intervinieron en la acción, a su

percepción sobre cantidades, rapidez, ubicación, luminosidad, entre otras, las cuales necesariamente serán objeto de juicios valorativos provenientes del declarante, de acuerdo a las apreciaciones técnicas o científicas que posea. Más allá de estas apreciaciones conceptuales que son inherentes al testigo, el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil permite que el testigo emita verdaderos conceptos técnicos a la manera de un perito, cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia de su declaración. Este tipo de prueba ha sido denominada “testimonio técnico”. Así, de manera excepcional, cuando la persona que percibió los hechos sobre los que declara, además posee determinados conocimientos en ramas de la ciencia, se le habilita en las respuestas a su interrogatorio a emitir opiniones especializadas, que permitan la explicación de su declaración. En estos eventos, quien declara, además de narrar lo que percibió, emite un concepto acerca de las causas o motivos de lo sucedido. En este sentido, el juez, además de aplicar los criterios de la sana crítica que acompañan la valoración del testimonio -en el sentido de analizar las razones de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrió el hecho-, deberá valorar la relación detallada del método científico que soporta su opinión, que ese concepto se ajuste a los principios de la ciencia y arte, que sea conducente en relación con el hecho que se pretende probar y que esté debidamente fundamentada.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 277

CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL - En ejercicio de la autonomía privada o negocial, los sujetos de derecho tienen la libertad de celebrar de manera inmediata el negocio jurídico o luego de surtir un procedimiento formativo diferido en el tiempo

En ejercicio de la autonomía privada o negocial, los sujetos de derecho tienen la libertad de celebrar de manera inmediata el negocio jurídico o luego de surtir un procedimiento formativo diferido en el tiempo. Si se perfeccionó el contrato por la confluencia del consentimiento de las partes, existirá, sin lugar a dudas, un derecho subjetivo al cumplimiento del contrato, pues este no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales (art. 1602 CC). De manera que la otra parte será contractualmente responsable por el no pago a satisfacción de la prestación debida (1626 CC), y que habilita la reclamación del interés positivo, ya sea mediante la ejecución de la obligación o la resolución del mismo y, en ambos casos, con la indemnización de perjuicios (art. 1546 CC y 870 del CCo.).

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1602 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1626 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1546 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTICULO 870

INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / CONTRATO DE OBRA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / MAYOR CANTIDAD DE OBRA PÚBLICA - Por uso de cable de alta resistencia, no pagadas en el acta final de recibo del contrato

En la demanda se pidió el pago de las cantidades de cable utilizado y que no fueron pagadas por la entidad demandada. En la sentencia de primera instancia se ordenó el pago de \$186.320.507, por la cantidad de cable pendiente para el pago. En la apelación la parte demandante sostuvo que no se aplicó la fórmula de reajuste de precios pactada en el contrato y que debía acogerse el dictamen pericial. (...) La Sala tendrá en cuenta la liquidación contenida en el dictamen pericial en cuanto a actualización de \$76.142.440 de acuerdo con la fórmula de reajuste del contrato, hasta la fecha en que debió ser pagada, esto es, el año 1997 fecha en la que suscribió el acta de recibo de la obra [hecho probado 8.17]. De tal forma que el valor reajustado según la fórmula contractual aplicada por los peritos

para el año 1997, fecha en la que se suscribió el acta de recibo final de la obra, era \$149.723.714. Este será actualizado

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con aclaración de voto del magistrado Jaime Enrique Rodríguez Navas y Nicolás Yepes Corrales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 05001-23-31-000-1999-00093-01 (38097)

Actor: CONSTRUCTORES EL CONDOR S.A. Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

COPIAS SIMPLES-Valor probatorio. INFORME DE EXPERTOS-Deben someterse a la contradicción prevista para el dictamen pericial. PRUEBA PERICIAL-Tiene como fin verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE A PERITAZGO-Supone un error en cuanto al objeto de la prueba. TESTIMONIO TÉCNICO-Valor probatorio. DICTÁMENES PERICIALES DE PARTE-No se valoran si no se surtió el trámite de contradicción de la prueba. CONTRATO DE OBRA-Régimen de derecho privado. CONTRATOS PÚBLICOS Y DE DERECHO PRIVADO- El régimen principal del contrato estatal es el derecho privado según el artículo 13 de la Ley 80. AUTONOMÍA DE LAS VOLUNTAD Y ACUERDOS POSTERIORES ENTRE LAS PARTES-Replanteamiento de la posición de la Sala. AUSENCIA DE SALVEDADES EN OTROSÍES O CONTRATOS POSTERIORES-No impiden conocer de fondo sobre las pretensiones cuando se firman contratos posteriores y en ellos no se dejan salvedades. ARTÍCULO 27 DE LA LEY 80 DE 1993-Que las partes suscriban acuerdos posteriores no impide estudiar de fondo las reclamaciones. BUENA FE OBJETIVA-Comportamiento que supone la correcta ejecución del contrato. BUENA FE OBJETIVA-De esta regla de conducta no se deriva un requisito de procedencia o de oportunidad para presentar la demanda. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-La voluntad interna (intención) prevalece sobre la voluntad declarada (textual). INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-Se puede desentrañar el sentido de una disposición por la aplicación que de ella han hecho las partes en contratos previos. FORMACIÓN DEL CONTRATO-Las reglas se encuentran reguladas en el Código de Comercio. OFERTA-Es la propuesta que contiene todos los elementos del contrato. ACEPTACION-Actuación unilateral e inequívoca de aceptación de la oferta. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO-No es una causa de desequilibrio económico del contrato. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO-Se demostró por las demandantes. INTERPRETACIÓN CONTRAESTIPULANTE-Las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor, artículo 1629 CC.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia del 28 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Antioquia en la que se accedió a las súplicas de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El departamento de Antioquia y las sociedades Construcciones el Cóndor S.A. y Concreto Ingenieros Civiles SA suscribieron contrato de obra para la construcción de puentes con cables de alta resistencia. Finalizado el contrato, el consorcio contratista reclama el pago de las mayores cantidades de obra por uso de cable de alta resistencia, no pagadas en el acta final de recibo del contrato.

ANTECEDENTES

El 18 de diciembre de 1998, las sociedades Construcciones el Cóndor S.A. y Concreto Ingenieros Civiles S.A, a través de apoderado judicial, formularon **demanda de controversias contractuales** contra el Departamento de Antioquia, para que se declarara el incumplimiento del contrato n.º 7-1-94. Solicitaron como daño emergente \$145.675.614. En apoyo de sus pretensiones, afirmaron que no se liquidó el contrato y que el departamento no reconoció el valor total de la cantidad de toneladas – metro del ítem cables de resistencia que el consorcio ejecutó, a pesar de la modificación que se hizo al pliego en la adenda número 3 y que la tensión debía medirse en gato. Resaltó que el incumplimiento produjo el desequilibrio económico del contrato.

En providencia del 23 de agosto de 1999 se admitió la demanda y se ordenó su notificación a la parte demandada y al Ministerio Público. En el escrito de **contestación de la demanda**, el departamento de Antioquia manifestó que no reconoció la cantidad reclamada, porque el sistema de medición debía tener en cuenta la cantidad de cable multiplicado por la fuerza en toneladas remanente en el centro de la luz de las vigas y no en el gato, lo cual suponía una cantidad menor de ese material, como se dispuso en la adenda n.º 3, según concepto del especialista en ingeniería estructural, y de acuerdo con los planos de los puentes. El 14 de agosto de 2008, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** y presentar concepto, respectivamente. La parte demandante insistió en los argumentos de la demanda y el Ministerio Público guardó silencio. La parte demandada agregó que se probó que con la adenda n.º 3 se modificó la forma de pago y que el concepto del ingeniero experto descartó el cálculo de la cantidad de cable con fundamento en la tensión en el gato.

El 28 de agosto de 2009, el Tribunal Administrativo del Antioquia profirió la **sentencia** impugnada en la que accedió a las súplicas de la demanda, con fundamento en el dictamen pericial que concluyó que el cálculo para el pago

debió hacerse de acuerdo con la tensión ejercida en el gato. Las partes interpusieron **recurso de apelación**, que fueron concedidos en auto del 26 de noviembre de 2009 y admitidos en auto del 6 de mayo de 2010. La demandada esgrimió que no se tuvieron en cuenta las razones de la objeción por error grave al dictamen que demuestran que fue elaborado sin tener en cuenta los conceptos técnicos, los planos estructurales, el pliego de condiciones y la adenda n.º 3. La parte demandante estuvo en desacuerdo con la condena porque el Tribunal no tuvo en cuenta la fórmula de reajuste pactada en el contrato. El 10 de junio de 2010, se corrió traslado para **alegar de conclusión en segunda instancia**. El Ministerio Público rindió concepto en el que pidió que se revocara la sentencia pues el dictamen pericial no tuvo en cuenta que en los planos estructurales se indicó que la tensión debía realizarse en la luz de la viga. Las partes guardaron silencio.

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. Así se deduce del artículo 82 del CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006. El Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto, de conformidad con los artículos 129 y 132 del CCA, contra una sentencia proferida en un proceso de doble instancia, pues a la fecha de presentación de la demanda -18 de diciembre de 1998- la pretensión mayor debía superar \$101.913.000¹ y como en este caso equivale a \$145'675.614 el proceso tiene vocación de doble instancia.

Acción procedente

2. La acción de controversias contractuales es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene del acto administrativo de liquidación del contrato (art. 90 C.N. y art. 87 C.C.A.).

Caducidad

¹ Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2005, \$381.500 por 500.

3. El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del CGP, establece que las leyes procesales son de aplicación inmediata, pero el trámite que se hubiere iniciado con la anterior, se regirá por la ley vigente al tiempo de su iniciación. El artículo 136 del CCA, antes de la modificación introducida por la Ley 446 de 1998, vigente al momento en que empezó a correr el término para presentar la demanda, disponía que las pretensiones relativas a los contratos caducarían en dos años de ocurridos los motivos de hecho o derecho que le sirvan de fundamento. Como la actuación se inició en vigencia de esta norma procesal, esa norma procesal es la aplicable para definir la presentación oportuna de la demanda.

La demanda se interpuso en tiempo -18 de diciembre de 1998- pues el 9 de enero de 1997 se venció el plazo del contrato y se recibió a satisfacción la obra [hecho probado 8.17], esto es, dentro de los dos años que dieron lugar a los motivos de hecho o derecho que dieron lugar a la reclamación.

Legitimación en la causa

4. El Departamento de Antioquia y las sociedades Construcciones el Cóndor SA y Concreto Ingenieros Civiles SA, como miembros del consorcio Construcciones el Cóndor Ltda – Concreto SA, están legitimados en la causa por activa y pasiva por ser las partes del contrato n.º 7-01-94 [hecho probado 8.11].

II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se incumplió un contrato para la construcción de una vía, incluidos varios puentes, en el que se no se pactó expresamente la forma de determinar las cantidades de obra por uso de cable de alta resistencia y la entidad optó por un sistema de medición diferente al ofertado por el contratista.

III. Análisis de la Sala

Hechos probados

5. Las copias simples aportadas por las partes serán valoradas, porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación, consideró que tenían mérito probatorio².

6. Los informes de expertos aportados con la demanda (f. 163 a 173 c. 1) y con la contestación de la demanda (f. 233 a 256 c. 1), en los términos del artículo 183

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 se encuentran consignados en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad. 26.984, 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/3qFJI0n>

del CPC, no serán valorados por la Sala, pues ni ninguno de esos informes fue sometido a la contradicción establecida para un dictamen pericial, de conformidad con los numerales 1 y 4 del artículo 238 del CPC³.

7. En el proceso se practicó un dictamen pericial (f. 325 a 399 c. 1), que fue objetado por error grave por la parte demandada. Según el numeral 4 del artículo 238 C.P.C, la objeción por error grave supone que el dictamen haya sido elaborado sobre bases equivocadas, que conduzcan a conclusiones erradas sobre el objeto de la prueba. Estos yerros se presentan cuando se haya tomado como punto de referencia y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer la experticia o que se hayan modificado las características esenciales del objeto examinado por otras que no tiene y que son de tal magnitud, que de no incurrir en ellos, los resultados hubieren sido distintos.

El recurrente no está de acuerdo con las conclusiones del perito sobre las reclamaciones que dieron origen al proceso, es decir, con la no configuración de los perjuicios que reclama en su demanda. Al efecto, el apelante reprocha la forma como se analizaron los planos de los puentes y las responsabilidades del interventor en relación con la determinación de la forma de pago.

Los reparos del demandante tienen que ver, precisamente, con lo que es materia de discusión en este proceso. Como no se aprecia que los peritos hubieran desviado el objeto de la prueba o hayan analizados aspectos relacionados con otro contrato o con obras diferentes a las que dieron origen al litigio, la objeción no prospera y la prueba se analizará de acuerdo con los parámetros de la sana crítica.

8. De conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente al proceso, se demostraron los siguientes hechos:

8.1. El 9 de septiembre de 1993, se abrió el proceso de licitación para la ampliación, pavimentación, rectificación de la carretera Bolombó-Santafé de Antioquia, según da cuenta copia simple de la Resolución n.º 0658 de ese año proferida por el Departamento de Antioquia (f. 307 a 309).

8.2. El Departamento Administrativo de Valorización de Antioquia publicó el pliego de condiciones para llevar a cabo la licitación pública BSFA-1-93, para la selección de contratista para la ampliación, rectificación y pavimentación de la

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 3 de marzo de 2010, Rad. 37.269 [fundamento jurídico 2].

carretera Bolombo-Bogotá D.C., según da cuenta copia auténtica del pliego (f. 16 a 29 c. 1).

8.3. El numeral 5.6.4.1 del pliego de condiciones, sobre los cables de alta resistencia para la construcción de los puentes, señaló que el contratista debería suministrar, poner y tensionar los cables de alta resistencia para las vigas y puentes del proyecto, de acuerdo con los planos estructurales y las instrucciones del interventor y con la sección 34 de las especificaciones de construcción del entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte, según da cuenta copia auténtica de dicho pliego (f. 16 a 29 c. 1).

8.4. El numeral 5.6.4.3 del pliego de condiciones dispuso que el contratista debía suministrar todo el equipo necesario para el tensionamiento de los cables de los puentes y los gatos hidráulicos equipados con manómetros para las elongaciones necesarias, según da cuenta copia auténtica del pliego (f. 16 a 29 c. 1).

8.5. El numeral 5.6.4.3 del pliego de condiciones estableció que para el tensionamiento de los cables de los puentes el contratista debía presentar al interventor los cálculos de las diferentes pérdidas de tensión en cada uno y que esa operación debería efectuarse de manera que pudiera medirse la tensión aplicada y la elongación de los cables, todo de acuerdo con el procedimiento previsto en los planos, según da cuenta copia auténtica del pliego (f. 16 a 29 c. 1).

8.6. El numeral 5.6.4.4 del pliego de condiciones dispuso que el pago de las cantidades de cable de los puentes se haría de acuerdo con el número de metro de torón de media pulgada utilizado en la estructura, de acuerdo con los planos de diseño y las instrucciones del interventor y en el *ítem* 17 se previó una cantidad de 60.000 metros cable, según da cuenta copia auténtica del pliego (f. 16 a 29 y 387 c. 1).

8.7. El numeral 5.6.4.5 del pliego de condiciones se previó que el pago del *ítem* cables de alta resistencia de los puentes sería a precios unitarios, valor que incluía los costos de equipo, herramientas, almacenamiento y mano de obra necesarios para el tensionamiento de los cables de las vigas, según da cuenta copia auténtica del pliego (f. 16 a 29 c. 1).

8.8. El 19 de octubre de 1993, el Departamento de Valorización de Antioquia publicó adenda n. °3 que modificó la cantidad lineal de metros de cable por la unidad toneladas metro cable de la siguiente manera: 850.000 toneladas-metro para cables de alta resistencia, en el *ítem* 18, según da cuenta copia auténtica de esa adenda (f. 33 a 62 c. 1).

8.9. El numeral 5.15.4 de la adenda de 19 de octubre de 1993 señaló como forma de pago “precios unitarios”, que incluyen compensación por todos los costos del equipo, herramientas, almacenamiento y mano de obra necesarios para la perforación, inyección y tensionamiento de los cables a satisfacción del interventor, según da cuenta copia auténtica de dicha adenda (f. 33 a 62 c. 1).

8.10. El 20 de diciembre de 1993, el Departamento de Antioquia adjudicó el contrato para la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera Bolombó-Sante Fe de Bogotá, al consorcio Construcciones el Cóndor Ltda – Conconcreto S.A., según da cuenta copia auténtica de la resolución 978 de ese año (f. 66 a 70 c. 1).

8.11. El 9 de enero de 1994, el consorcio Construcciones el Cóndor Ltda – Conconcreto SA y el Departamento de Valorización de Antioquia firmaron el contrato n.º 7-01-94 cuyo objeto era la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera Bolombó-Bogotá D.C., según da cuenta copia auténtica del contrato (f. 71 a 95 c. 1).

8.12. En la cláusula segunda del contrato se acordó que en su ejecución el contratista debía ceñirse a las normas y especificaciones técnicas y planos que le indicara el Departamento de Valorización de Antioquia y que en caso de que el contratista sugiriera cambios que afectaran plazos y precio debería firmarse acuerdo entre las partes, según da cuenta copia auténtica del contrato (f. 71 a 95 c. 1).

8.13. En la cláusula cuarta se pactó que el pago sería a “precios unitarios” al valor presentado en la propuesta, los cuales integraban el contrato y cubrían los gastos en los que el contratista debía incurrir para la ejecución del contrato. El ítem de “cables de alta resistencia ½” ascendía a la cantidad de 850.000 toneladas metro a un costo de 262 para un valor total de \$222.700.000, según da cuenta copia auténtica del contrato (f. 71 a 95 c. 1).

8.14. En la cláusula vigésimo séptima, relativa a los documentos del contrato, se pactó que se entendían incorporados el pliego de condiciones las adendas, los planos y diseños, las especificaciones técnicas, los documentos aportados por el contratista, la actas de modificación bilateral, las normas generales de construcción del entonces Ministerio de Obras Públicas, el Código Fiscal de Antioquia y las garantías constituidas por el contratista, según da cuenta copia auténtica del contrato (f. 71 a 95 c. 1).

8.15. El 10 de mayo de 1994, las partes modificaron el contrato n.º 07-01-94 para prorrogar su vigencia; el 5 de febrero de 1996, para prorrogar su plazo de ejecución; el 29 de julio de 1996, con el fin de hacer ajustes presupuestales y adicionar el precio y el 27 de noviembre de 1996, para adicionar el precio y el plazo, según dan cuenta copias auténticas de las adiciones del contrato n.º 004 DAV -96, 045 DAV-96 y 066 DAV-96 (f. 71 a 110 c. 1).

8.16. El 9 de febrero de 1994, la partes firmaron acta de inicio según da cuenta copia auténtica de esa acta (f. 110 a 112 c. 1).

8.17. El 9 de enero de 1997, se venció el plazo del contrato y se firmó acta de recibo final de la obra, según da cuenta copia auténtica de esa acta (f. 113 a 115 c. 1). Las cantidades de obra de “cable de alta resistencia” fueron pagadas de acuerdo con la tensión en toneladas metro medidas en la luz de la viga, según da cuenta informe de interventoría de 31 de marzo de 1997 (f. 202 a 204 c.1).

8.18. El 3 de febrero de 1997, el consorcio -en comunicación a la interventoría- manifestó su desacuerdo con la forma en que se medían las cantidades obra de los cables de resistencia. A su juicio, debían medirse por la tensión generada en el gato y no en la luz de la viga, según da cuenta copia auténtica de la comunicación enviada en es esa fecha (f. 132 a 133 y 219 a 220 c. 1). Con esa comunicación allegó estudio sobre el impacto económico que generó en su sistema de costos esta forma de medición (f. 134 a 147 y 221 a 232 c. 1).

8.19. El 31 de marzo de 1997, la interventoría -al responder a la comunicación de 3 de febrero- indicó que el contratista debió pedir la aclaración, dados los cambios en la adenda n.º 3, ante la contradicción evidente sobre la forma de calcular el pago, según da cuenta copia simple de la comunicación de esa fecha (f. 202 a 204 c. 1).

8.20. El 18 de abril de 1997, el Director Técnico de obra del Departamento Administrativo de Valorización de Antioquia -al remitir comunicación al ingeniero residente del consorcio contratista- sostuvo que el pago debía ser en toneladas metro, según da cuenta copia simple de esa comunicación (f. 205 c. 1) .

8.21. El 9 de mayo de 1997, las partes determinaron los valores finales de obra reconocidos hasta esa fecha, según da copia simple cuenta acta n.º 35 radicada en esa fecha (f. 116 c. 1).

8.22. El 14 de mayo de 1997, el consorcio reiteró su solicitud de reconocimiento de los valores con el “sistema de tensión en el gato”, propuesto en la

comunicación de 3 de febrero de 1997 y nuevamente adjuntó estudio, según da cuenta copia auténtica de esa comunicación (f. 148 a 149 y 206 a 207 c. 1).

8.23. El 5 de junio de 1997, el ingeniero especializado José Gregorio Sánchez, del Departamento de Valorización, conceptuó que los pagos al contratista reflejaron el valor comercial de la obra, porque el tensionamiento efectivo de los cables debía realizarse en el centro de la luz de la vigas, según da cuenta copia simple de la comunicación n. ° 059370 de esa fecha (f. 151 a 155 y 210 a 215 c. 1).

8.24. El 13 de junio de 1997, el Departamento de Valorización de Antioquia, remitió al consorcio respuesta del ingeniero profesional especializado, según da cuenta copia simple de la comunicación n.° 061003 de esa fecha (f. 150 c. 1).

8.25. El 7 de julio de 1997, el consorcio -en respuesta a la comunicación de 13 de junio- indicó que el concepto del ingeniero profesional responde a un “*tecnicismo depurado*” pero que no tiene en cuenta la realidad contractual. A su juicio pues la modificación del pliego en la adenda n.° 3 implicó que al cambiarse el sistema de metro cable por el de toneladas metro cable, técnicamente la tensión debería medirse en el gato, según da cuenta copia simple de la comunicación de esa fecha (f. 156 a 159 c. 1).

El régimen jurídico del contrato

9. Como el contrato n.° 07-01-94 se perfeccionó el 9 de enero de 1994 [hecho probado 8.11] y una de sus partes es el departamento de Antioquia [hechos probados 8.1 a 8.11] se rige por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. El artículo 13 de esa ley establece 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, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Es decir, que la Ley 80 de 1993 es la excepción y la regla general es que el régimen contractual de esas entidades es el derecho privado (arts. 13, 23, 28, 32, 40, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993).

De tal forma que el régimen del contrato es el derecho privado y la Ley 80 de 1993 se aplicará solo en los aspectos expresamente regulados por ella, esto (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 (que bien podría en el futuro mirarse más como una materia de derecho de la competencia);

(iii) algunos aspectos relativos a su ejecución como el manejo de riesgo y las potestades excepcionales y (iv) los mecanismos de solución de controversias⁴.

Autonomía de la voluntad y acuerdos posteriores de las partes

10. Esta Subsección ha sostenido que toda reclamación o salvedad relativa al equilibrio económico del contrato al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., supone que quien esté afectado con la alteración de las condiciones económicas del contrato no solo consigne en el acta o documento respectivo la reclamación o salvedad sino, también, que exprese de forma clara y expresa cuáles son las condiciones o circunstancias que en la ejecución están afectando la economía del contrato y en qué forma. Este criterio se apoya en una interpretación del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 y del principio de la buena fe objetiva⁵.

Como se acreditó, que durante la ejecución del contrato las partes suscribieron varios acuerdos modificatorios, en los cuales se prorrogó su vigencia, se hicieron ajustes presupuestales y se adicionó el valor inicialmente pactado [hecho probado 8.15], sin que en ellos la parte demandante hiciera reclamación alguna o dejara salvedad con ocasión del pago de las cantidades de cable de alta resistencia, no habría lugar a estudiar esa reclamación. No obstante, la Sala estima necesario volver a estudiar el asunto, con el fin de analizar con mayor detenimiento cuál es el efecto que produce la firma de acuerdos entre las partes durante la ejecución del contrato.

11. El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 dispone que en los contratos de las entidades públicas se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar. 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.

Como en la Ley 80 de 1993 prima la autonomía de la voluntad, dado que su régimen contractual principal es el derecho privado (arts. 13, 23, 28, 32, 40, 44 y

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de febrero de 2020, Rad. 31628 [fundamento jurídico 4].

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 20 de octubre de 2014, Rad 24809 [fundamento jurídico 6.5.2], sentencia de 28 de mayo de 2015, Rad, 35625 [fundamento jurídico 4], de 1 de julio de 2015, Rad, 37613 [fundamento jurídico 5.3.3], sentencia de 25 de febrero de 2016 Rad. 41901 [fundamento jurídico 9], sentencia de 24 de abril de 2017, Rad. 55836, SV Guillermo Sánchez Luque [fundamento jurídico 5] y sentencia de 29 de enero de 2018, Rad, 52666 [fundamento jurídico 3]

45 de la Ley 80 de 1993), 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 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) 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 de procedibilidad previo”, según el cual, al suscribirse pactos adicionales durante la ejecución del contrato, el silencio de una de las partes frente a una determinada reclamación, le impide pretenderla en proceso judicial y que sea estudiada de fondo por el juez del contrato. El hecho de que el legislador propicie en esta norma, 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 controversia, como derecho de los contratistas reconocidos en el artículo 5 numeral 3 de la Ley 80 de 1993.

Es más, no obstante que la norma no tiene el alcance pretendido, la aplicación del “criterio jurisprudencial” que de ella se ha derivado, ha sido llevada a casos en los que no se estudia la alteración del equilibrio económico del contrato, sino en los que se reclaman incumplimientos.⁶ De manera que se ha extendido a supuestos que ni siquiera prevé el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. Aunque el artículo 5 de la Ley 80 de 1993 pareciera sugerir al incumplimiento como una causa de desequilibrio económico del contrato, y el tratamiento jurisprudencial sobre el punto no pareciera del todo claro⁷, lo cierto es que se trata de fenómenos distintos. Una cosa es el incumplimiento de una parte, por la desatención de sus obligaciones, y otra cosa son los eventos en que el equilibrio puede verse afectado por factores externos a las partes o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración, como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos, en ejercicio legítimo de su condición de autoridad.

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de mayo de 2015, Rad, 35625 [fundamento jurídico 4].

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 15 de febrero de 1999, Rad. 11194 [fundamento jurídico 1]; del 21 de junio de 1999, Rad. 14943 [fundamento jurídico 4], sentencia del 4 de septiembre de 2003, Rad. 10883, [fundamento jurídico 4 sentencias del 26 de febrero de 2004, Rad. 14043 [fundamento jurídico 3.1], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 266, 267, 276 y 268, disponible en: <https://cutt.ly/Akqynhf>

Tampoco pueden aplicarse criterios jurisprudenciales que se han desarrollado respecto de a liquidación bilateral del contrato (art. 60 Ley 80). El acta de liquidación contiene acuerdos, conciliaciones y transacciones a que lleguen las partes para poner fin a las controversias y poderse declarar a paz y salvo⁸. La liquidación de mutuo acuerdo busca convertirse en un paz y salvo, los acuerdos (otrosíes) que se pacten en desarrollo de la relación negocial no tienen ese propósito, justamente porque la relación negocial continúa.

El artículo 27 de la Ley 80 de 1993 no impide a una parte demandar. Y al interpretar este artículo no pueden crearse requisitos de “oportunidad” para exigir 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. Este criterio impide estudiar de fondo las pretensiones de las partes, con el fin de determinar si tienen fundamento o no en reglas acordadas.

Los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil prescriben que los contratos 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. La buena fe, en la ejecución del contrato, se 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, pues, al juez es 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 parte de acuerdo con la naturaleza de la obligación y definir, dados esos comportamientos, cuál es la responsabilidad que corresponde a cada cual con ocasión de la ejecución del contrato.

La buena fe, entonces, no habilita la juez para, vía jurisprudencia, crear “requisitos de procedibilidad” 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 de la ejecución del contrato y, por ende escuchar a las partes, valorar las pruebas y averiguar 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

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de octubre de 2005, Rad, AP 1588 [fundamento jurídico 5.3] en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp, 916 y 917 disponible en: <https://cutt.ly/Akqynhf>

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.

De manera que cuando se llegue a acuerdos durante su ejecución, el juez del contrato debe resolver de fondo la controversia, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad. El deber del juez, de acuerdo con las reglas de interpretación de los contratos, la normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato, será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance y así establecer si las partes pretendieron, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se le formula y los términos de esa regulación.

Por lo expuesto, a pesar de que se celebraron acuerdos que modificaron el plazo y el precio del contrato, y que en ellos no se dejaron salvedades sobre el pago de las cantidades de obra por uso de cable, la Sala entrará a estudiar, de acuerdo con las obligaciones del contrato, la reclamación de la parte demandante.

El método para cuantificar las cantidades de obra por cables de alta resistencia

12. Se probó el 9 de enero de 1994 se firmó el contrato n.º 7-01-94 cuyo objeto era la ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera Bolombó-Bogotá D.C., entre al consorcio Construcciones el Cóndor Ltda – Conconcreto S.A y el Departamento de Valorización de Antioquia [hecho probado 8.11]; que las obras fueron ejecutadas, entre ellas la construcción de varios puentes [hechos probados 8.16 y 8.17]; que para la construcción de esos puentes fue necesaria la utilización de cables de alta resistencia [hechos probados 8.3, 8.4, 8.5, 8.6 y 8.7]; que se firmó acta de recibo final de la obra [hecho probado 8.17]; que se pagaron las cantidades de cables de alta resistencia de acuerdo con la tensión medida en la luz de la viga [hecho probado 8.19 y 8.21]; que el contratista, una vez ejecutada la obra, solicitó los pagos pendientes debido a que consideró que el sistema de medida de la cantidad de cable ejecutado dependía de la tensión en el gato, lo cual arrojaba un mayor cantidad de obra a la reconocida [hechos probados 8.18, 8.20, 8.22, 8.25] y que el Departamento de Antioquia -al responder esos requerimientos por medio de ingenieros profesionales- indicó que la medida de la cantidad de cable utilizado debía medirse por la tensión en la luz de la viga [hechos probados 8.19, 8.23, 8.24].

En cuanto a las cantidades de obra por uso de cable de alta, se demostró que en el pliego de condiciones, en el *ítem* 17, se indicó una cantidad de 60.000 metros lineales [hecho probado 8.6], pero que en la adenda n.º 3 se modificó del *ítem* 17 al 18, la cantidad de obra para que fuera medida en toneladas metro con una estimación de 850.000 t-m [hecho probado 8.8].

La controversia gira en torno, no respecto la modificación de las cantidades de obra de metros lineales a toneladas metro, sino al punto en el que debe medirse el tensionamiento de los torones, para establecer el total de cable utilizado, esto es, si debe hacerse en la luz de la viga o en el gato. Esta discusión se presenta ante una falta de claridad del contrato y los documentos que lo integran. En la adenda número 3, si bien se modificó las cantidades de obra de metros a toneladas metro, no clarificó ni ajustó las demás reglas contenidas en el capítulo 5.6.4 del pliego, relativas a la utilización de cables de alta resistencia.

Sobre este hecho obran dos grupos de pruebas. Uno compuesto por las documentales y testimoniales que se inclinan a determinar que de acuerdo con el contrato, la determinación de la medida para el pago de ítem cables suponía medir la tensión de toneladas metro en la luz de la viga y, el otro, por el dictamen pericial practicado en el proceso en el que se afirma la medición de la tensión en el gato.

12. Procede la Sala a estudiar las pruebas que se refieren a la “tensión en la luz de la viga”, como método para determinar la cantidad de cable utilizada para la construcción de los puentes.

13. En el proceso declaró José Gregorio Sánchez Calpe, ingeniero civil, quien trabajó para el Departamento de Antioquia y fue ingeniero interventor de los estudios hidráulicos, de suelos y diseños estructurales de los puentes construidos en la vía (f. 280 a 282 c 1). Ratificó lo dicho en el concepto que emitió [hecho probado 8.23], cuando se presentó la reclamación por el contratista, en el sentido de señalar que la doctrina sobre la construcción de puentes vigente en ese momento y lo consignado en los planos para las vigas de 35 metros permitían concluir que la tensión debe medirse en la luz y no en el gato.

A diferencia del dictamen pericial, cuyo objeto es emitir una opinión técnica sobre hechos que el perito conoce después de su ocurrencia, la prueba testimonial tiene como fin que el declarante haga referencia a hechos que le constan, porque los percibió. De manera que el testigo no es elegido ni por las partes ni por el juez, sino que interviene porque como tuvo una vinculación histórica con las

circunstancias que conoció, de forma directa o indirecta, hace un relato que interesa para resolver el litigio. Al testigo se le pide que haga memoria de hechos y al perito la aplicación de una determinada técnica y ciencia para poder apreciarlos.

Ello no quiere decir que el testigo esté impedido para calificar y analizar el modo y el por qué de un hecho desde su experiencia. Relatar un hecho, en sí mismo, lleva implícito ciertos juicios, porque supone describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió. Como expone todo lo que sabe sobre el punto de que se trata el proceso, sobre él tendrán influencia su profesión o su oficio, sin que, por ello, se convierta en perito. Así, por ejemplo, en su declaración el testigo puede referirse a las cualidades de los objetos que intervinieron en la acción, a su percepción sobre cantidades, rapidez, ubicación, luminosidad, entre otras, las cuales necesariamente serán objeto de juicios valorativos provenientes del declarante, de acuerdo a las apreciaciones técnicas o científicas que posea.

Más allá de estas apreciaciones conceptuales que son inherentes al testigo, el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil permite que el testigo emita verdaderos conceptos técnicos a la manera de un perito, cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia de su declaración. Este tipo de prueba ha sido denominada “testimonio técnico”.

Así, de manera excepcional, cuando la persona que percibió los hechos sobre los que declara, además posee determinados conocimientos en ramas de la ciencia, se le habilita en las respuestas a su interrogatorio a emitir opiniones especializadas, que permitan la explicación de su declaración. En estos eventos, quien declara, además de narrar lo que percibió, emite un concepto acerca de las causas o motivos de lo sucedido.

En este sentido, el juez, además de aplicar los criterios de la sana crítica que acompañan la valoración del testimonio -en el sentido de analizar las razones de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrió el hecho-, deberá valorar la relación detallada del método científico que soporta su opinión, que ese concepto se ajuste a los principios de la ciencia y arte, que sea conducente en relación con el hecho que se pretende probar y que esté debidamente fundamentada.

La Sala considera que, por una parte, la explicación del testigo técnico se fundamenta en aspectos que no fueron incluidos en el contrato, especialmente lo que tiene que ver con el parámetro orientador contenido en un libro de doctrina

sobre la materia. De manera que más allá de la validez científica del método allí descrito por el autor del texto, y que fue reproducido mediante lectura durante su testimonio, lo cierto es que las partes nada acordaron sobre esa forma de pago de las cantidades de tonelada metro cable.

Por otra parte, en relación con lo consignado en los planos y que según el testigo clarifica el método de pago, la Sala observa que en el plano número 9 visible a folio 275, correspondiente al puente de vigas de 35 metros, aparece una anotación en tinta roja, que no corresponde a la impresión original del documento, en la que se indica que solo está consignada la tensión en la luz y no en el gato. Sin embargo, aunque allí aparece el total de la “tensión en la luz”, ese mismo plano tiene varias tensiones consignadas, una de las cuales corresponde con la “tensión en el gato”.

Revisados los demás planos a los que alude el testigo técnico, se aprecia que no solo se refieren a cantidades de “tensión en la luz”, sino que también las hay en el gato. En efecto, en todos los planos elaborados por la firma Maldonado Ingeniería para puentes de 25 y 30 metros luz, correspondientes a los planos 7 y 8 (f. 272 y 277 c. 1), hay un cuadro resumen de tensionamiento que, entre otras columnas, tiene dos relativas a la “tensión en el gato” y en la luz de la viga. La circunstancia de que los planos no hubieran totalizado la “tensión en el gato” y sí en la luz, por sí mismo, no supone que necesariamente el método de pago pactado fuera el descrito por el testigo, pues en cualquier caso los planos tienen los valores correspondientes a la “tensión en el gato”.

En estas condiciones, la opinión técnica del testigo no resulta conducente ni concluyente para determinar el método para medir las cantidades de obra de cable de alta resistencia, pues se soporta en doctrina cuya incorporación al contrato no está probada y en una interpretación de los planos que no corresponde fielmente a lo consignado en ellos.

14. Juan José Agudelo Palacio, ingeniero civil y director de interventoría del Departamento de Antioquia entre los años 1997 y 1998 (f. 323 a 324 c. 1), manifestó que la propuesta del contratista tenía un *ítem* para precio alzado sin que se explicaran los factores que influían en el mismo y una cifra distinta en el cuadro de cantidades y precios que era la que primaba. Agregó que la interventoría fue partidaria de pagar las unidades de cable de acuerdo con la tensión en la luz de la viga.

El testigo no hizo ninguna explicación técnica que permita establecer las razones por las cuales debía pagarse el ítem de cable de acuerdo con la tensión en la luz de la viga. Se limitó a señalar que ese fue el criterio utilizado por la interventoría y que la entidad decidió respaldarlo. De manera que el declarante no emitió conceptos de naturaleza técnica que permitan establecer, desde el punto de vista de la ingeniería, cuál era el método para medir las cantidades de cable para de alta resistencia.

El testigo solo emitió una opinión sobre la oferta presentada por las sociedades demandantes, que nada refleja o permite clarificar el método de medición para el pago. El declarante hizo una interpretación sobre el alcance de la propuesta, derivada del hecho de la inexistencia de una discriminación de los factores que influían en el precio. Por ello, aunque se trata de un testigo de los hechos con conocimientos técnicos, no clarifica el aspecto central de la controversia. Como en la declaración no hay explicación o concepto técnico alguno, lo cual le resta mérito probatorio a sus conclusiones.

15. Al proceso se aportó copia de la respuesta de la interventoría al Departamento de Antioquia el 31 de marzo de 1997. Allí se expuso que el pago de las cantidades de cable se hizo teniendo en cuenta la tensión efectiva en la luz, porque así se pagó “*en otros contratos cuando la medida es T-m*”. Agregó que el contratista estaba en obligación de pedir aclaración a la adenda de n.º 3 del pliego y que no lo hizo (f. 203 a 204 c. 1).

En el contrato n.º 7-01-94 se acordó que ninguna costumbre o uso comercial, o el desarrollo o resultado de contratos celebrados previamente por el contratista con el Departamento de Valorización, variaría los términos establecidos en los documentos del contrato.

A partir de la común intención (*communis intentio*) (1618 C.C.) que aparece exteriorizada tanto en el cuerpo del contrato, como en el comportamiento de las partes desplegado al suscribirlo, se concluye que ellas tenían claro que la aplicación de contratos previos entre las partes no sería criterio de interpretación del contrato.

La entidad tampoco aportó los contratos previos a los que se refiere la interventoría, que permitan un estudio comparativo de las cláusulas específicas para el pago de cantidades de obra de cable de alta resistencia en puentes. Así que la afirmación de la interventoría sobre el hecho de que en otros contratos en

los que se pactó en toneladas metro, el método de pago se determinado por “la tensión en la luz” no fue probada.

15.2. Según la interventoría el contratista debió solicitar la aclaración de la adenda de n.º 3. No se aprecia que al momento de ofertar existiera un punto oscuro, pues el ofertante entendió que la modificación las unidades de cable de metros a toneladas metro suponía el pago de acuerdo con la tensión que se generaba en el gato. La discusión sobre la aplicación del método de pago surgió una vez se ejecutó el contrato. Por ello, no podría exigirse al contratista que anticipara una futura diferencia interpretativa al momento de ofertar, cuando esta sólo se presentó en la ejecución del contrato.

16. La Sala pasa a estudiar el dictamen pericial practicado en el proceso (f. 325 a 399 c.1). El artículo 233 del Código de Procedimiento Civil 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 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.

Presentado el dictamen, el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil establece que el juez deberá analizar su conducencia en relación con el hecho que se pretende probar; la competencia del perito, esto es que sea un experto en la materia técnica analizada; que no hayan motivos para dudar de su imparcialidad; que no se acredite objeción por error grave; que esté debidamente fundamentado, con conclusiones claras y precisas; que se haya permitido su contradicción y que otras pruebas no lo desvirtúen.

16.1. El dictamen concluyó que la tensión en toneladas metro, para medir la cantidad de cable de alta resistencia debía medirse en el gato:

“La tensión efectiva en el centro de la viga no debe considerarse en primer lugar, por no haberse definido dentro de las especificaciones, pliego de condiciones, ni en la adenda

n.º3 su uso como sistema de pago y, en segundo lugar, por fundamentarse su valor en supuestos de diseño y en cálculos empíricos después de deducir las pérdidas que se presentan correspondientes a corrimiento en el anclaje o deslizamiento de cuña, retracción del fraguado o contracción del concreto, acortamiento elástico del concreto, flujo del concreto, relajamiento del esfuerzo del tendón y pérdidas por fricción debidas a la curvatura intencional o no intencional de los tendones de postensado. Las condiciones anteriores no están configuradas en el pliego de condiciones y son medidas empíricas producto de razonamientos técnicos aplicables en la etapa de los cálculos de diseños (f. 325 a 329 c.1)”

Con base en el pliego de condiciones, las especificaciones técnicas y las adendas, los peritos concluyeron que el problema consistió en *“la modificación de la cantidad de metros cable como tampoco en el cambio de la unidad de pago del ítem 18 de metro lineal de cable...a toneladas metro”*, sino que giró en torno al punto donde debía medirse el tensionamiento. A su juicio, los documentos del contrato no especificaron este el método de pago.

Explicó que con fundamento en el número torones de previsto para las vigas de 30 en el plano de los puentes, se obtiene un promedio de cable total de 60.000 metros, los cuales coincidan con la cifra señalada en el pliego y que fue modificada en la adenda n.º 3. Esta circunstancia le permitió concluir a los peritos que la fuerza de tensión obtenida de dividir las 850.000 toneladas en los 60.000 de metros de cable arrojaba una fuerza promedio de 14.7 toneladas por metro de torón.

Expuso que la tensión que normalmente suele aplicarse a un torón de cable de ½ pulgada, oscila entre 14,0 Tonf/cm² y 14,8 Tonf/cm², de acuerdo con Código Colombiano de Construcciones Sismo Resistentes. Adujo que la cifra que arrojó el estudio y que corresponde a la tensión en el gato está dentro de los márgenes de tensión aplicables a cada torón en los puentes por construir.

Explicó que, según ese Código Colombiano de Construcciones Sismo Resistentes, la “tensión en la luz de la viga” supone tener en cuenta las pérdidas de preesfuerzo, por corrimiento del anclaje, acortamiento del concreto, fluencia del concreto, relajación del concreto y pérdidas por fricción, los cuales se calculaban al momento del diseño de las estructuras. Esos datos -que pueden variar de un 28% a un 32%- no quedaron consignados en los pliegos de condiciones, ni en los demás documentos del contrato.

Concluyó que ante la imposibilidad de determinar esas pérdidas por no estar consignadas en los documentos del contrato y al corresponder la tensión en el gato con el cálculo que exige la norma técnica de construcciones, la forma en que debía pagarse era con esta tensión y no con la del centro de la luz.

16.2. En la respuesta a la solicitud de aclaración y complementación formulada por la parte demandada, los peritos explicaron lo siguiente:

En cuanto al método de pago consideraron que le asistía razón a la entidad al afirmar que la medición de la tensión en la luz de la viga, luego de ocurridas las pérdidas por esfuerzos de tracción *“era un procedimiento universalmente aceptado en el diseño y cálculo para la obtención de un concreto preesforzado.”* Sin embargo, insistieron en que uno era el método para medir la tensión y otro para el pago y que como en los documentos del contrato, en especial en la adenda n.º 3, no se incluyó dejó expresamente consagrado el pago por la tensión en la luz de viga no podía ser aplicado.

Ante al cuestionamiento de la entidad demandada sobre el contenido de los planos, concluyó que estos no podían prever el método de pago. Expuso que sí hacían referencia a la tensión en el gato, solo que se limitaron a totalizar los valores de la tensión en la luz y que en el plano n.º 9 sobre las vigas de 35 metros hay un error en el título de los valores, los cuales se refieren a la “tensión en el gato”. Explicó que la tendencia a la pérdida de la “tensión del cable”, en la que se basa el tensionamiento en la luz, no podía ser tomada en cuenta en la oferta por no estar incluida en ella expresamente y que, en esas condiciones, la única forma era la tensión en el gato de acuerdo a la norma constructiva vigente.

16.3 La Sala observa que i) los peritos designados de la lista de auxiliares de la justicia son un expertos por su profesión como de ingenieros civiles (f. 278c.1); ii) la experticia tuvo por fundamento la documentación del contrato, circunstancia que les permitió advertir el vacío regulatorio dejado por las partes y estudiar la adenda modificatoria, los planos de los puentes y la oferta presentada por las demandantes; (iii) respondieron de manera clara y precisa el cuestionario planteado en cuanto al sistema de pago, como se fundaron en la cantidad de metros de cable y la toneladas por soportar, concluyeron que la tensión de cada torón correspondía a la que arrojaba el gato; (iv) se fundamentó en los conocimientos técnicos de su profesión, en especial el Código Colombiano de Construcciones sismo resistentes (Decreto 1400 de 1984); (v) las respuestas emitidas en el dictamen y en las aclaraciones, se soportaron en aspectos técnicos derivados de cálculos específicos sobre esfuerzos y tensiones de acuerdo con las normas que rigen su profesión. Como el dictamen pericial y sus conclusiones tuvieron fundamento detallado y preciso y, en consecuencia, tiene eficacia probatoria a la luz de lo dispuesto en los artículos 233, 237 y 241 del CPC.

16.4. En el recurso de apelación, la parte demandada insistió en la objeción por

error grave que formuló en el proceso.

16.4.1 En primer lugar, el recurso reprocha que los peritos no tuvieron en cuenta que los planos de los puentes establecieron como método de pago la tensión en la luz de la viga. En cuanto esta afirmación, la Sala reitera lo expuesto con anterioridad [num. 13], pues revisados los planos elaborados por la firma Maldonado Ingeniería para puentes de 25, 30 y 35 metros luz, correspondientes a los planos 7, 8 y 9 (f. 272, 277 a 275 c. 1), hay un cuadro resumen que tiene varias tensiones incluidas y que, una de ellas, corresponde a la “tensión en el gato”. De manera que, a partir de esa documentación, no es posible concluir -sin lugar a dudas- que la tensión debía medirse en la luz de viga.

En respuesta a la solicitud de aclaración y complementación al dictamen, los peritos, detallaron la información que deben tener los planos, en la que se incluye la tensión el gato con fundamento en el Código de Construcciones Sismo resistentes, contenido en el Decreto 1400 de 1984. Los expertos explicaron cada una de las columnas correspondientes a los cuadros de tensionamiento, en las que estaba incluida la “tensión el gato”, solo que se omitió totalizar sus valores. Los peritos se limitaron a totalizar los valores incluidos en los planos frente a la tensión en el gato.

Las conclusiones de los peritos, además, se fundaron en los datos suministrados por la firma COLTENSA, quien fue la encargada de realizar la operación de tensionamiento de los cables en las vigas construidas. Los cálculos técnicos que arrojan las “tensiones en el gato” corresponden a la tensión, referida por los peritos, contenida en el Código Colombiano de Construcciones Sismo Resistentes.

En definitiva, a juicio de la Sala los planos no definieron la forma de calcular las cantidades obra. Los peritos compararon la cantidad de tensión que debía tener cada viga de acuerdo al metro de cable, cifra que calculada en el gato correspondía con la norma de construcción sismo resistente.

16.4.2. En segundo lugar, según el recurso de apelación los peritos se contradijeron al admitir las especificaciones del Ministerio de Transporte, pues allí se establece que el pago será en metros lineales instalados y tensados de acuerdo a los planos y las instrucciones del interventor.

En el proceso está demostrado que el pago del *ítem* de cables del alta tensión sería a “precios unitarios” que incluyen compensación por todos los costos del

equipo, herramientas, almacenamiento y mano de obra necesarios para la perforación, inyección y tensionamiento de los cables a satisfacción del interventor [hecho probado 8.9] y que los cables debían ser suministrados y tensionados de acuerdo con las instrucciones del interventor y la sección 34 de las especificaciones de construcción del entonces Ministerio de Obra Públicas y Transporte [hecho probado 8.3]. De acuerdo con el dictamen pericial esas especificaciones indican que la medida sería en metros lineales, instalados de acuerdo con las especificaciones del interventor.

Sin embargo, en la modificación contenida en la adenda n.º 3 se cambió la unidad de medida de metro lineal a toneladas metro. Esta modificación exigía determinar la tensión en toneladas por cada metro de torón, procedimiento que realizaron los peritos para calcular la tensión exigida por la norma de construcción sismo resistente. De manera que esa forma de medida fue modificada y tomada en cuenta al momento de presentar la oferta.

Los peritos también clarificaron que uno era el procedimiento para el pago del cable efectivamente utilizado y otro el sistema de tensionamiento ordenando por las especificaciones y la interventoría. Como en los documentos del contrato no se incluyeron las pérdidas por esfuerzo de los cables tensionados, los peritos concluyeron que la tensión debía medirse en el gato.

De manera que las objeciones al dictamen pericial no tienen soporte probatorio ni elementos de juicio técnicos que permitan desvirtuar las conclusiones a las que llegaron los expertos al analizar, desde el punto de vista de la ingeniería, el método para calcular la cantidad de cable utilizada en la construcción de los puentes. Por ellos no se acogerá la objeción presentada.

Todo lo expuesto, permite a la Sala dar credibilidad al dictamen pericial practicado en el proceso.

17. Se demostró que la propuesta presentada por las sociedades demandantes no incluyó, en el ítem cable de alta resistencia, los valores correspondientes a las pérdidas de esfuerzo que se tiene en cuenta cuando la tensión se mide en la luz de la viga. El dictamen pericial concluyó que como esos desperdicios de fuerza son empíricos y la información correspondiente no estaba incorporada en el pliego de condiciones, no fueron tenidos en cuenta al momento de ofertar [num. 16]. Por ello la propuesta señaló como material a incorporar la cantidad de 1.00, es decir que se tuvo en cuenta la tonelada bruta aplicada al gato de tensionamiento multiplicada por el metraje ubicado, sin tener en cuenta desperdicios de tensión.

Esa fue la propuesta aceptada por la entidad demandada, al adjudicar el contrato.

En ejercicio de la autonomía privada o negocial, los sujetos de derecho tienen la libertad de celebrar de manera inmediata el negocio jurídico o luego de surtir un procedimiento formativo diferido en el tiempo. Si se perfeccionó el contrato por la confluencia del consentimiento de las partes, existirá, sin lugar a dudas, un derecho subjetivo al cumplimiento del contrato, pues este no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales (art. 1602 CC). De manera que la otra parte será contractualmente responsable por el no pago a satisfacción de la prestación debida (1626 CC), y que habilita la reclamación del interés positivo, ya sea mediante la ejecución de la obligación o la resolución del mismo y, en ambos casos, con la indemnización de perjuicios (art. 1546 CC y 870 del CCo.)⁹.

Como el contrato se formó, previo el cumplimiento de las formalidades legales propias (art. 39 Ley 80 de 1993) [hecho probado 8.11], por la adjudicación que la entidad hizo de la oferta presentada por los demandantes, en la cual no se tuvo en cuenta la pérdida de esfuerzos relativos a la tensión en la luz, respecto de los cuales nada se dijo en el pliego, la entidad demandada se encontraba en la obligación de pagar su obligación en los términos pactados.

Por ello, aunque en numeral 5.6.4.1 del pliego defiriera el procedimiento de tensionamiento a las exigencias del interventor, no podía, por ello, este contratista de la entidad modificar de manera unilateral un contrato del que ni siquiera era parte, con el propósito de seleccionar un método de pago. El Decreto 2090 de 1989, por el cual se aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura vigente para la época en que se suscribió el contrato, establece en el numeral 6.1 del artículo 1 que por interventoría se entiende el servicio prestado por un profesional o persona jurídica especializada, para el control de la ejecución del proyecto arquitectónico o de la construcción. Esta delimitación conceptual permite concluir que al interventor no le corresponde la modificación de las reglas del contrato objeto de su control. En cumplimiento de su contrato, el interventor desempeña una labor del control y vigilancia de la correcta ejecución de las actividades contratadas. La entidad debía cumplir con la obligación que surgió con el nacimiento del contrato, es decir, pagar las toneladas metro de acuerdo con la tensión sin descontar esfuerzos posteriores no previstos en la oferta aceptada por la entidad, mediante el acto de adjudicación.

Tampoco podía la entidad demandada excusarse del pago por un

⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de agosto de 1984, [fundamento jurídico 3 cargo único], en G.J. 2415, p. 225.

comportamiento que le era imputable, consistente en definir con claridad las condiciones del contrato. El artículo 1624 CC dispone que las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella. La entidad demandada modificó la cláusula del pliego de condiciones referente a la cantidad de cable a usar en función de las toneladas, sin dejar claro cuál sería el método de pago ante ese cambio. La ambigüedad de cláusula, en cuanto al método de pago y las condiciones de pérdida de fuerza del tensionamiento, es imputable a la entidad y, por ende, debe interpretarse en su contra. Por ello, debió cumplir el contrato pagando el precio en función de la “tensión en el gato”, en especial, si se tiene en cuenta que el consorcio contratista cumplió con sus obligaciones y ofertó con esas condiciones [hecho probado 8.17].

18. Como se demostró que desde el punto de vista técnico el método para el pago, de acuerdo con los documentos previos, era la tensión en el gato y que así ofertaron las demandantes y aceptó la entidad al adjudicar el contrato, se confirmará la sentencia de primera instancia, en este aspecto.

Indemnización de perjuicios

19. En la demanda se pidió el pago de las cantidades de cable utilizado y que no fueron pagadas por la entidad demandada. En la sentencia de primera instancia se ordenó el pago de \$186.320.507, por la cantidad de cable pendiente para el pago. En la apelación la parte demandante sostuvo que no se aplicó la fórmula de reajuste de precios pactada en el contrato y que debía acogerse el dictamen pericial.

En la cláusula octava del contrato se pactó que las actas mensuales de pago por concepto de reajuste estaban sujetas a la fórmula de reajuste allí contenida (f. 80 a 82 c. 1). Revisada la liquidación, se observa que la decisión de primera instancia no tuvo en cuenta para actualizar el pago, la fórmula de reajuste de precios pactada pues se limitó a actualizar el valor de pago por los metros de cable pendientes de pago (\$76.142.440), de acuerdo con la fórmula actuarial utilizada por la jurisprudencia.

La Sala tendrá en cuenta la liquidación contenida en el dictamen pericial en cuanto a actualización de \$76.142.440 de acuerdo con la fórmula de reajuste del contrato, hasta la fecha en que debió ser pagada, esto es, el año 1997 fecha en la que suscribió el acta de recibo de la obra [hecho probado 8.17].

De tal forma que el valor reajustado según la fórmula contractual aplicada por los peritos para el año 1997, fecha en la que se suscribió el acta de recibo final de la obra, era \$149.723.714. Este será actualizado con base en la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

V_p= Valor presente

V_h= Valor histórico

Índice final¹⁰ a la fecha de esta sentencia: 105,23 (octubre 2020)

Índice inicial¹¹ a la fecha de la sentencia de segunda instancia (enero 1997)

$$V_p = \$149.723.714 \times \frac{105,23 \text{ (octubre 2020)}}{26,96 \text{ (enero de 1997)}} = \$584.400.089$$

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

FALLA:

PRIMERO. MODIFÍCASE el numeral cuarto de la sentencia del 28 de agosto de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y, en su lugar, se dispone:

CONDÉNASE al Departamento de Antioquia a pagar a Construcciones Cóndor S.A y a Conconcreto S.A la suma de quinientos ochenta y cuatro millones cuatrocientos mil ochenta y nueve pesos (\$584.400.089) por concepto de daño emergente.

SEGUNDO. CONFÍRMASE en los demás aspectos la sentencia apelada.

TERCERO: En firme esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

¹⁰ Estos factores corresponden a los índices de precios al consumidor que pueden ser consultados en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>

¹¹ Estos factores corresponden a los índices de precios al consumidor que pueden ser consultados en el Banco de la República: <http://www.banrep.gov.co/es/ipc>.

Compartido por:



CUARTO: No se condena en costas en esta instancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Aclara voto

NICOLÁS YEPES CORRALES
Aclara voto

ACLARACIÓN DE VOTO / DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - El análisis que se hizo de manera exhaustiva en el fallo, del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, concerniente al desequilibrio económico del contrato, no podría entenderse como ratio decidendi sino como un obiter dicta

Según el texto de la demanda, la parte demandante reclamaba el incumplimiento por el departamento de Antioquia del contrato N. 7-1-94, dado que no reconoció el valor total de la cantidad de toneladas – metro del ítem cables de resistencia que el contratista ejecutó. Por consiguiente, el análisis que se hizo de manera exhaustiva en el fallo, del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, concerniente al desequilibrio económico del contrato, no podría entenderse como ratio decidendi sino como un obiter dicta, pues, el asunto se resolvió desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, dado que se demostró que el demandado no cumplió con la citada obligación en los términos pactados en el contrato. Igual conclusión se extiende frente a los asertos que se expusieron en la decisión relativos a la liquidación bilateral del contrato, por cuanto en el sub examine no se realizó tal acto, y, en consecuencia, tal asunto no fue objeto de controversia.

ACLARACIÓN DE VOTO / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL – No es regla absoluta que la ausencia de salvedades en las modificaciones del contrato no impide proferir sentencia de fondo

En la sentencia, con fundamento en el principio de la buena fe, de manera de motivación se dijo que “(...) cuando se llegue a acuerdos durante su ejecución, el juez del contrato debe resolver de fondo la controversia, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad. (...) Por lo expuesto, a pesar de que se celebraron acuerdos que modificaron el plazo y el precio del contrato, y que en ellos no se dejaron salvedades sobre el pago de las cantidades de obra por uso del cable, la Sala entrará a estudiar, de acuerdo con las obligaciones del contrato, la reclamación de la parte demandante”. Pues bien, parece pertinente dar algún desarrollo a esta motivación para advertir que ella no se puede entender como regla absoluta, pues, según lo fijado por esta Subsección en sentencia del 13 de agosto de 2020 (Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00453-01(51833)), se debe analizar el caso específico. Al respecto, se advirtió en el citado fallo: “(...) es posible inferir a partir de la conducta de las partes en la suscripción de convenios modificatorios –como los de prórroga, suspensión o adición– la conformidad de ellas con la ejecución contractual y su anuencia en relación con el consiguiente restablecimiento del equilibrio de la ecuación contractual. Pero siempre debe el intérprete de esa conducta establecer si existen elementos de juicio que muevan a entender que tales acuerdos han obedecido a la necesidad de atender a la satisfacción inmediata de los fines estatales sin perjuicio de la pervivencia de algunas de las diferencias que, al quedar sin resolver, puedan ser planteadas en la fase de liquidación, que es el estadio en el que los contratantes se declaran a paz y salvo; o si, por el contrario, con su conducta, alguna de las partes del contrato dio lugar a que la otra confiara en que merced a tal acuerdo no presentaría reclamaciones posteriores con ocasión de los asuntos que fueron objeto de él”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 05001-23-31-000-1999-00093-01(38097)

Actor: CONSTRUCTORES EL CONDOR S.A. Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Compartí la decisión adoptada por la Sala de Subsección C en la sentencia del 20 de noviembre de 2020 que modificó el fallo del 28 de agosto de 2009, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, pero considero necesario realizar las siguientes aclaraciones que, sin embargo, no vinieron determinantes para las resultas del proceso:

1. Según el texto de la demanda, la parte demandante reclamaba el incumplimiento por el departamento de Antioquia del contrato N. 7-1-94, dado que no reconoció el valor total de la cantidad de toneladas – metro del ítem cables de resistencia que el contratista ejecutó. Por consiguiente, el análisis que se hizo de manera exhaustiva en el fallo, del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, concerniente al desequilibrio económico del contrato, no podría entenderse como *ratio decidendi* sino como un *obiter dicta*, pues, el asunto se resolvió desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, dado que se demostró que el demandado no cumplió con la citada obligación en los términos pactados en el contrato. Igual conclusión se extiende frente a los asertos que se expusieron en la decisión relativos a la liquidación bilateral del contrato, por cuanto en el *sub examine* no se realizó tal acto, y, en consecuencia, tal asunto no fue objeto de controversia.
2. En la sentencia, con fundamento en el principio de la buena fe, de manera de motivación se dijo que “(...) cuando se llegue a acuerdos durante su ejecución, el juez del contrato debe resolver de fondo la controversia, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad. (...) Por lo expuesto, a pesar de que se celebraron acuerdos que modificaron el plazo y el precio del contrato, y que en ellos no se dejaron salvedades sobre el pago de las cantidades de obra por uso del cable, la Sala entrará a estudiar, de acuerdo con las obligaciones del contrato, la reclamación de la parte demandante”.

Pues bien, parece pertinente dar algún desarrollo a esta motivación para advertir que ella no se puede entender como regla absoluta, pues, según lo fijado por esta Subsección en sentencia del 13 de agosto de 2020 (Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00453-01(51833)), se debe analizar el caso específico. Al respecto, se advirtió en el citado fallo:

*“(…) es posible inferir a partir de la conducta de las partes en la suscripción de convenios modificatorios –como los de prórroga, suspensión o adición– la conformidad de ellas con la ejecución contractual y su anuencia en relación con el consiguiente restablecimiento del equilibrio de la ecuación contractual. **Pero siempre debe el intérprete de esa conducta establecer si existen elementos de juicio que muevan a entender que tales acuerdos han obedecido a la necesidad de atender a la satisfacción inmediata de los fines estatales sin perjuicio de la pervivencia de algunas de las diferencias que, al quedar sin resolver, puedan ser planteadas en la fase de liquidación, que es el estadio en el que los contratantes se declaran a paz y salvo; o si, por el contrario, con su conducta, alguna de las partes del contrato dio lugar a que la otra confiara en que merced a tal acuerdo no presentaría reclamaciones posteriores con ocasión de los asuntos que fueron objeto de él.** (Énfasis por fuera del texto original).*

Fecha ut supra,

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO - Efecto que produce la firma de acuerdos entre las partes durante la ejecución del contrato

En efecto, aunque estoy de acuerdo con el sentido de la decisión adoptada, particularmente con la parte resolutive que modifica parcialmente la sentencia de primera instancia, encuentro oportuno esbozar algunas anotaciones en torno al efecto que produce la firma de acuerdos entre las partes durante la ejecución del contrato y frente a las consideraciones expuestas en la sentencia sobre la postura de la Corporación a este respecto. En la sentencia se afirma, con razón, que el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 no establece un “requisito de procedibilidad previo” consistente en que al momento de suscribir cualquier tipo de acuerdo durante la ejecución del contrato, bien se trate de suspensiones, prórrogas, adiciones u otrosíes, deban expresarse en forma clara y detallada cada una de las circunstancias que están afectando la economía del contrato, de tal suerte que el silencio per se impida a las partes acudir al juez del contrato en procura obtener un pronunciamiento de fondo sobre sus reclamaciones. De igual modo, también es cierto que la buena fe no habilita al juez para crear presupuestos procesales generales y abstractos que le impidan estudiar de fondo los conflictos que se susciten durante la ejecución del contrato y cumplir con su deber de administrar justicia. Con todo, la anterior, en mi opinión, no es la lectura y la conclusión que se sigue de la postura jurisprudencial adoptada de vieja data por la Corporación, incluso con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en torno al efecto de los denominados “otrosíes sin salvedades”. Desde mi punto de vista, de lo que se trata, frente a situaciones como las que son objeto del caso sub judice, es de dar aplicación a la buena fe contractual, expresamente consagrada en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, atendiendo al objeto de los acuerdos suscritos por los contratantes, a las actuaciones de éstos y a las particularidades de cada caso concreto. En este sentido, la jurisprudencia ha resaltado que el principio de la buena fe es fuente de deberes de conducta que integran el contenido prestacional del negocio jurídico -dentro de los que se destacan para el caso que aquí nos ocupa, los de claridad, lealtad e información, entre otros- a la vez que protege la confianza que la conducta observada ha suscitado en el cocontratante, impone guardar coherencia y respeto por la palabra dada y reprocha la modificación injustificada del comportamiento cuando se ha generado la expectativa de una conducta futura. En suma, el juez del contrato deberá interpretar los acuerdos celebrados entre las partes y el comportamiento jurídicamente relevante que hubieren observado, junto con las demás particularidades del asunto sometido a su decisión, para establecer en cada caso concreto, no por vía de la aplicación de un presupuesto previo, general y abstracto, que ciertamente no lo existe, sino tras el juicioso cumplimiento del deber de administrar justicia y el estudio a fondo de la controversia, si la pretensión se encuentra en contradicción con el sentido que ha de atribuirse a las manifestaciones de voluntad y a la conducta observada por las partes durante la ejecución contractual.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 27 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1603 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 871

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 05001-23-31-000-1999-00093-01(38097)

Actor: CONSTRUCTORES EL CONDOR S.A. Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO NICOLÁS YEPES CORRALES

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Subsección, procedo a exponer las razones por las cuales aclaro el sentido de mi voto en la sentencia del 20 de noviembre de 2020, mediante la cual se modificó el numeral cuarto de la sentencia del 28 de agosto de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y se confirmó en los demás aspectos la sentencia apelada.

En efecto, aunque estoy de acuerdo con el sentido de la decisión adoptada, particularmente con la parte resolutive que modifica parcialmente la sentencia de primera instancia, encuentro oportuno esbozar algunas anotaciones en torno al efecto que produce la firma de acuerdos entre las partes durante la ejecución del contrato y frente a las consideraciones expuestas en la sentencia sobre la postura de la Corporación a este respecto.

En la sentencia se afirma, con razón, que el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 no establece un “requisito de procedibilidad previo” consistente en que al momento de suscribir cualquier tipo de acuerdo durante la ejecución del contrato, bien se trate de suspensiones, prórrogas, adiciones u otrosíes, deban expresarse en forma clara y detallada cada una de las circunstancias que están afectando la economía del contrato, de tal suerte que el silencio per se impida a las partes acudir al juez del contrato en procura obtener un pronunciamiento de fondo sobre sus reclamaciones. De igual modo, también es cierto que la buena fe no habilita al juez para crear presupuestos procesales generales y abstractos que le impidan estudiar de fondo los conflictos que se susciten durante la ejecución del contrato y cumplir con su deber de administrar justicia.

Con todo, la anterior, en mi opinión, no es la lectura y la conclusión que se sigue de la postura jurisprudencial adoptada de vieja data por la Corporación, incluso con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, en torno al efecto de los denominados “otrosíes sin salvedades”. Desde mi punto de vista, de lo que se trata, frente a situaciones como las que son objeto del caso sub judice, es de dar aplicación a la buena fe contractual, expresamente consagrada en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, atendiendo al objeto de los acuerdos suscritos por los contratantes, a las actuaciones de éstos y a las particularidades de cada caso concreto. En este sentido, la jurisprudencia ha resaltado que el principio de la buena fe es fuente de deberes de conducta que integran el contenido prestacional del negocio jurídico -dentro de los que se destacan para el caso que aquí nos ocupa, los de claridad, lealtad e información, entre otros- a la vez que protege la confianza que la conducta observada ha suscitado en el cocontratante, impone guardar coherencia y respeto por la palabra

Compartido por:



dada y reprocha la modificación injustificada del comportamiento cuando se ha generado la expectativa de una conducta futura.

En suma, el juez del contrato deberá interpretar los acuerdos celebrados entre las partes y el comportamiento jurídicamente relevante que hubieren observado, junto con las demás particularidades del asunto sometido a su decisión, para establecer en cada caso concreto, no por vía de la aplicación de un presupuesto previo, general y abstracto, que ciertamente no lo existe, sino tras el juicioso cumplimiento del deber de administrar justicia y el estudio a fondo de la controversia, si la pretensión se encuentra en contradicción con el sentido que ha de atribuirse a las manifestaciones de voluntad y a la conducta observada por las partes durante la ejecución contractual.

En este sentido dejo aclarada mi posición respecto al caso objeto de estudio.

Fecha ut supra



NICOLÁS YEPES CORRALES
Consejero de Estado