

Editorial

ANÍBAL ZÁRATE¹

El pasado 27 de julio de 2023 el Consejo de Estado² unificó su jurisprudencia en relación con los efectos de la ausencia de salvedades en los acuerdos que celebren una entidad contratante y su contratista durante la etapa de ejecución del contrato³. Este fallo se profiere con ocasión de una controversia contractual entre el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y la empresa contratista encargada de la construcción de la torre norte de la sede principal de esa entidad en la ciudad de Medellín. Puesto que el contrato inicial fue objeto de varias prórrogas, el contratista solicitó a la entidad el reconocimiento de sobrecostos ocasionados por la mayor permanencia en obra. En esta oportunidad, el juez de cierre determinó que la ausencia de salvedades en la celebración de prórrogas, contratos adicionales u otrosíes, o cuando se firman suspensiones, o cualquier acuerdo modificatorio al contrario inicial no es óbice para que el juez del contrato conozca de fondo las pretensiones del accionante.

El tema de las salvedades, entendidas estas como notas que se insertan al final de un documento o de un acto jurídico para expresar reserva o enmienda,

1 Doctor en Derecho, Universidad Panthéon-Assas (Paris II), París, Francia. Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5453-9464>. Para citar el artículo: Zárate, Aníbal, "Editorial", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 31, 2023, pp. 3-6. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n31.01>.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sala plena, sentencia del 27 de julio de 2023, rad. 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121), *Convel S.A. c. SENA*.

3 Cuestión distinta es aquella de las salvedades que se realizan durante la liquidación bilateral del contrato. Vale la pena aclarar que en la especie se trató de un contrato de obra, el cual es de ejecución sucesiva y, por ende, requería de la liquidación bilateral (art. 60, Ley 80 de 1993; art. 11, Ley 1150 de 2007). Si bien las partes suscribieron acta de liquidación bilateral y el contratista se reservó en ella la facultad de ejercer acciones judiciales y extrajudiciales para lograr el reconocimiento y pago de sobrecostos ocasionados durante la ejecución del contrato, el problema jurídico sobre el cual se centró la unificación que operó el Consejo de Estado estaba circunscrito a aquellas salvedades que acompañan pactos o acuerdos modificatorios de un contrato durante su etapa de ejecución. A diferencia del acta de liquidación bilateral, estos acuerdos no ponen fin al contrato.

es precisamente una de aquellas materias donde no existía una posición unánime del Consejo de Estado. En principio esa corporación indicó que guardar silencio respecto de reclamaciones económicas al momento de celebrar acuerdos modificatorios cuyo propósito sea precisamente ajustar el contrato inicial a la realidad fáctica, financiera y jurídica durante la ejecución del mismo impedía la prosperidad de las reclamaciones por hechos anteriores a dichos acuerdos en sede jurisdiccional⁴. Si esos acuerdos regularon los asuntos objeto de litigio, no era pues posible reclamar posteriormente sobre aquello que ya había quedado regulado⁵. Así las cosas, se requería que el contratista hubiera manifestado por escrito la salvedad de manera clara y suficiente, esto es, indicando la manera en que el contrato fue afectado en su ejecución. Esta postura se fundó principalmente en los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad negociales, pues sería contrario a la buena fe que una parte que aceptó las nuevas condiciones contractuales que se pactaron vaya luego a sorprender a la otra parte y exigir el pago de daños derivados de la ejecución⁶.

- 4 Esta tesis corresponde a una interpretación del artículo 27 de la Ley 80 de 1993, norma que regula lo relacionado con la ecuación contractual o pretensión de revisión de los contratos estatales, y a lo relativo con la buena fe objetiva (artículos 1603 del Código civil y 871 del Código de comercio); v. Consejo de Estado, sentencia del 31 de agosto de 2011, rad. 18080.
- 5 V., por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de marzo de 2017, rad. 2002-00244. En esta sentencia el Consejo de Estado indicó que la suscripción de actos modificatorios sin salvedades enerva cualquier pretensión que se busque con posterioridad a ese acto, ya que la misma finiquitó las cuestiones pendientes para las partes, con excepción de atacar la validez del propio acto, como cuando hay vicios en el consentimiento.
- 6 “[...] No solo no resulta jurídico, sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo de la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de principio de la buena fe en materia comercial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se debe en los contratos para permitir los efectos finales buscados en el contrato”: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, rad. 18080, precitada; v., también, Consejo de Estado, sentencia del 10 de septiembre de 2014, rad. 27648, donde sostiene que cuando una parte no deja salvedades en el contrato adicional para demostrar que no existió acuerdo en las condiciones del contrato y reclama la responsabilidad futura de quien propició adición o modificación, no podrá luego exigir el pago de perjuicios por la razón que dio lugar al contrato. Esto, ya que conoció o debió conocer la causa y los efectos que producía suscribirlo. Sería además deshonesto que esa parte exigiera el pago de un daño de un pago proveniente de hechos que eran conocidos, actitud que amenaza la confianza y la buena fe de la otra parte.

En contraste, las subsecciones A y C de su sección tercera vendrían a sostener con el tiempo que la ausencia de salvedades ante una modificación contractual durante la ejecución del contrato no significa una decisión desestimatoria que opere de forma automática de las pretensiones en relación con dichas modificaciones, ni constituye un requisito para el reconocimiento de las mismas⁷. En este orden de ideas, corresponderá al juez del contrato precisar el contenido del acuerdo para conocer su alcance y definir el contenido de la controversia. En un mismo sentido se pronunciará también la subsección B, al afirmar más recientemente que lo que el juez debe preferir es la intención de las partes, examinando su comportamiento durante la etapa de ejecución del contrato, antes de irse a la literalidad del acuerdo⁸. Es esta tesis amplia la que parece adoptar el Consejo de Estado en su más reciente fallo.

Al establecer si el juez por el hecho de que el contratista no hizo salvedades en el acuerdo modificatorio del contrato inicial puede negar las pretensiones de la demanda, el Consejo de Estado primero indica que este no puede crear requisitos de oportunidad para admitir determinada pretensión o para declarar perjuicios que se derivan del incumplimiento del contrato por el hecho de que durante su vigencia se firmaron pactos que facultaron su reconocimiento al contratista en la fase de ejecución del contrato. Tal criterio impediría estudiar de fondo las pretensiones de las partes con el fin de determinar si tienen fundamento o no en las reglas acordadas. Ahora bien, esto no significa que las partes puedan desconocer los principios de buena fe, confianza y lealtad contractual. Al contrario, se impone al juez el estudio del comportamiento de las partes frente a la ejecución de sus obligaciones contractuales, y este deberá desentrañar esos comportamientos, para determinar cuál es la responsabilidad que les corresponde con ocasión de la ejecución del contrato. Si la buena fe no habilita al juez para que por vía de jurisprudencia se puedan crear requisitos de procedibilidad o para implantar exigencias generales y absolutas que no están previstas en la ley⁹,

7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2020, rad. 1999-00093, en donde se señala que el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 no impide a una parte demandar; v. también aclaración de voto sentencia del 26 de enero de 2022, rad. 64897.

8 Tal como lo expresa la primera regla de interpretación de los contratos de lo dispuesto en el artículo 1618 del Código Civil. Conviene precisar que las normas civiles son aplicables en virtud de la incorporación normativa prevista en el artículo 13 de la misma Ley 80 de 1993. Sobre el particular es posible consultar Juan Carlos Expósito, *Forma, formalidades y contenido del contrato estatal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 87.

9 Lo cual va de la mano con lo dispuesto en los artículos 84 de la Constitución Política y 17 del Código Civil, normas que disponen que no es posible establecer requisitos más allá de los previstos en la ley.

esto no quiere decir que la parte que alega estar afectada con el desequilibrio económico del contrato no deba probar que una situación imputable a sí misma le ocasionó un perjuicio durante la ejecución del contrato.

La sentencia de unificación es también enfática en que, con base en lo dispuesto en el inciso segundo del numeral tercero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, las entidades no pueden imponer a los contratistas la renuncia de reclamaciones económicas. Puesto que en la realidad de las cosas es la entidad la que establece las estipulaciones de los acuerdos modificatorios, estas mal podrían imponer como efecto de la suscripción del acuerdo la renuncia, desistimiento o abandono por el contratista de sus pretensiones. Si bien las partes pueden disponer de sus derechos con base en la libertad contractual de que disponen, esta renuncia deberá ser expresa y no la consecuencia de no haber hecho salvedades. Por tanto, entender que el silencio o la falta de salvedades equivalen a una renuncia de estos derechos implica desconocer las normas civiles que regulan el ejercicio de los mismos, y constituye a una restricción al acceso a la administración de justicia¹⁰.

La sentencia de unificación se produce en el marco de los contratos estatales y, específicamente, de la responsabilidad de la entidad contratante¹¹. Este reciente debate se inscribe en la temática monográfica que se propone a nuestros lectores en el presente número de la *Revista de Derecho Administrativo*. En las páginas que siguen, encontrarán investigaciones acerca de la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado en ámbitos tan diversos como la salud, el medio ambiente o el derecho urbano. Asimismo, se tratan cuestiones de gran actualidad como son la reparación por parte del Estado de los daños a las libertades económicas, o por la puesta a disposición de bienes privados durante la reciente situación de pandemia. Como ya es costumbre, al lado de destacados colegas nacionales, en el presente número participan reconocidos tratadistas de Francia, España, México y Cuba.

¡Una provechosa lectura!

10 La sentencia de unificación retoma en este punto lo indicado en la aclaración de voto en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 26 de enero de 2022, rad. 64897.

11 El artículo 2, Ley 80, num. 1, literal a, incluye a los establecimientos públicos como el SENA dentro de las entidades contratantes. Desde un criterio subjetivo, el contrato es un contrato estatal de aquellos regidos por la Ley 80 de 1993.