



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Magistrado ponente: Guillermo Sánchez Luque

Radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121)
Demandante: Construcciones Vélez y Asociados SA-Convel SA
Demandado: SENA
Referencia: Controversias contractuales

Aclaración de voto de Alberto Montaña Plata

Comparto la decisión adoptada por la Sala¹, pues en ella se rectifica una postura de la jurisprudencia del Consejo de Estado que resultaba restrictiva del derecho de acceso a la administración de justicia. Sin embargo, me aparto de un extenso *obiter* contenido en diversos apartes porque suscita otras controversias que, además de que no resultaban necesarias para la solución del caso, pueden dar lugar a un nuevo camino de interpretaciones conflictivas.

Como primera medida, advierto que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado había identificado los aspectos más problemáticos del “*criterio jurisprudencial*” del que finalmente se tomó distancia en la SU. Tiempo atrás, esta Subsección subrayó (se transcribe):

“Ahora bien, de la observancia del principio de buena fe no puede derivarse una infranqueable barrera para el acceso a la justicia. Esto es, las exigencias normativas y jurisprudenciales no pueden instrumentalizarse como un pretexto para la trasgresión del derecho a la tutela judicial efectiva y de acceso a la administración de justicia, en especial cuando es el resultado de exigencias formales, o de simples formalismos no contemplados por la ley, ni acordes con el referido desarrollo jurisprudencial”².

Las diferencias frente a la llamada posición restrictiva, que llevó a que las salvedades en los acuerdos bilaterales llegaran a ser concebidas como un presupuesto procesal o un “*requisito de la acción contractual*”³, fueron anticipadas por todas las subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, incluida la Subsección de la que hago parte. De allí que, lo cardinal para la decisión unificada fuera adoptar, como en efecto se hizo, una

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 27 de julio de 2023, exp. 39121.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 10 de junio de 2022, exp. 61168.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 17322; Sentencia de 20 de octubre de 2014, exp. 27777.

providencia en la que se precisara que (se transcribe): *“el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otros íes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos”*. Hasta aquí los rasgos más característicos de los acuerdos.

Las consideraciones de las que me aparto tienen como elemento común la prescindible referencia a una diversidad de principios, categorías e instituciones jurídicas propias de los contratos entre privados, en general, y estatales, en particular, así como de instituciones procesales, que no eran objeto de la decisión de unificación y cuya referencia resultaba innecesaria y, en ocasiones, problemática para la solución del caso.

Aunado a las excusables referencias, se produjo una equiparación inadvertida entre el incumplimiento de obligaciones contractuales y la falta de reconocimiento de una *“mayor permanencia”* en obra, que pasa por alto varios elementos centrales, necesarios para su análisis, como el tipo de contrato celebrado o la distribución de los riesgos. A diferencia de lo afirmado en la SU, no se debe sostener, como una generalidad, que (se transcribe):

“[...] el contratista puede reclamar los perjuicios derivados de la disponibilidad de equipo, los costos de personal y los costos administrativos – y en general los que se produzcan – por la mayor permanencia en obra, siempre que estén debidamente demostrados y no sean causados por hechos que le sean imputables. También hay lugar a reconocer los mayores costos cuando la mayor permanencia en obra se produce por la necesidad de ejecutar ítems de obra adicional o mayores cantidades de obra contratada”.

No es cierto que un contratista pueda siempre pretender *“perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra”*, pues ello se hace depender, entre otras, del tipo y la estructura de las obligaciones pactadas. No existe, en consecuencia, una especie de reconocimiento automático de una *“mayor permanencia”* por el mero paso del tiempo. Esa aclaración, que no se hizo en la Sentencia, debe entonces ser resaltada, toda vez que el tipo de contrato celebrado y los riesgos asignados no formaron parte del análisis efectuado para resolver las pretensiones.

Para cerrar, dentro de la lista de principios, categorías e instituciones a las que acudió la decisión, sin que su análisis resultara necesario (pues, entre otros, el alcance del recurso de apelación que presentó la parte demandada no lo permitía), la *“naturaleza extracontractual”* que se le otorgó al enriquecimiento sin causa [fundamento jurídico 42] desconoció que esta institución se trata de una fuente autónoma de las obligaciones [artículo 1494 del Código Civil],

cuyos requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado exceden, por demás, los que fueron referidos en la SU. La coincidencia del medio de control (reparación directa) para encausar las pretensiones propias del enriquecimiento sin causa y las pretensiones relativas a la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Estado, no puede llevar a que se desatienda la naturaleza jurídica dispar de ambas instituciones jurídicas.

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado