



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SALVAMENTO DE VOTO

Expediente: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121)
Demandante: CONSTRUCCIONES VÉLEZ Y ASOCIADOS S.A. –
CONVEL S.A.
Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA
Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Me he apartado de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena de la Sección Tercera en sentencia del 27 de julio de 2023, por motivos que transitan desde la fijación del objeto de la apelación, la competencia del juez de la segunda instancia, pasan por las finalidades de la función unificadora y por la unificación adoptada, hasta la resolución del caso concreto.

Empiezo por señalar que en atención a las normas que rigieron el proceso¹, la fijación del objeto de la apelación y, por contera, la delimitación de la competencia del juez de la segunda instancia, debían circunscribirse a los motivos de disenso que el recurrente planteó para confrontar las razones que sustentaron la providencia cuya corrección procuró, sin perjuicio de los aspectos que oficiosamente debieran ser abordados. No obstante, encuentro que algunos de los asuntos sobre los cuales recayó el pronunciamiento de la Sala –incluido el de la unificación– desbordaron los temas planteados por el recurrente, sin que respecto de ninguno de ellos se reunieran las condiciones para activar las facultades oficiosas del fallador que, por supuesto, son limitadas.

La ley determina expresamente como una carga en cabeza de quien pretende que una decisión judicial sea revisada en segunda instancia la de sustentar los motivos de su inconformidad². Esta carga se explica en razón de la finalidad misma del principio de la doble instancia que, lejos de pretender que el proceso se analice por segunda vez en su estado primigenio, supone que la providencia impugnada sea revisada por un superior funcional de cara a los precisos motivos que la parte recurrente plantee y por los cuales considera que la decisión es jurídicamente errada o contraria al ordenamiento jurídico y, por tanto, que debe ser corregida.

En línea con lo anterior, he sostenido –al igual que la Subsección a la cual pertenezco– que la carga de sustentación del impugnante no se satisface con la llana manifestación de disenso frente a la providencia recurrida, tampoco con la solicitud de que se revoque para que, en su lugar, se acceda a los intereses de la parte inconforme y menos con la mera reiteración o remisión de las razones

¹ La demanda se presentó el 23 de junio de 1999; por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, la normativa procesal aplicable es el Código Contencioso Administrativo que, en lo no regulado remitía a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

² Código Contencioso Administrativo, artículo 212, en concordancia con el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil.



Expediente: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121)
Demandante: CONVEL S.A.
Demandado: SENA

expuestas en el curso de la primera instancia, bien sea en la demanda o en la contestación.

Manifestaciones como éstas quedan absolutamente desprovistas de la carga argumentativa que exige la ley para que la decisión que es objeto de control pueda ser revisada en una segunda instancia; y ello se explica en la presunción de legalidad y acierto que revisten las decisiones judiciales, por cuya virtud quien se alce contra una providencia tiene la carga de señalar de manera clara y expresa el motivo por el cual una decisión debe ser modificada o removida, lo que, a su vez, significa que frente a aquello que no es materia de recurso habrá de estarse a lo resuelto por el juez de primer grado.

No es de menor calado esta reflexión, considerando que la carga de sustentación de la impugnación es un elemento central en el sistema procesal instituido, el cual se articula a través de una primera instancia en la que el proceso ha transitado, en términos generales, por las etapas probatorias, de contradicción y de alegaciones finales y ha sido sometido a estudio y comprobación por parte del *a quo* para adoptar las decisiones finales. Por tanto, el análisis que corresponde abordar en el marco de la apelación no es ni puede ser el mismo; el escenario que compete al *ad quem* no mira hacia una llana contraposición de las partes, aunque a tal destino se llegue, sino que allí al superior le corresponde la analizar la corrección de la providencia recurrida de cara a los motivos de confrontación expresados por el recurrente en contra de las razones que la sustentaron.

Este circuito que recorre la decisión judicial, y que se activa con la impugnación, revela por qué la apelación no corresponde a un mecanismo de control automático y oficioso de las providencias y, por tanto, en principio³, tampoco se deriva de ella una competencia oficiosa e irrestricta del juez de la segunda instancia para abordar el estudio del asunto como si estuviera en su fase inicial⁴. El engranaje del sistema procesal muestra que, ante la existencia de verdaderos y fundados motivos de disenso, lo que corresponde al *ad quem* es desarrollar un examen jurídico de dos tesis opuestas –la acogida en la providencia impugnada y la de la apelación– cuyo enfrentamiento debe ser desatado para dar fin a la controversia que se ha sometido a juicio.

Por todo lo anterior, estimo que en este caso la delimitación del objeto de la apelación y, por ello, la competencia del juez en segunda instancia, no podían comprender el asunto relacionado con los intereses de mora a los que fue condenada en primera instancia el SENA, en tanto en su apelación se limitó a remitirse a lo expuesto en la contestación de la demanda para negarse a su pago; así como tampoco había lugar a pronunciarse acerca de la pretensión subsidiaria de enriquecimiento sin causa, pues, como era apenas natural, el

³ Código de Procedimiento Civil, artículo 357: “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

⁴ Ídem.



Expediente: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121)
Demandante: CONVEL S.A.
Demandado: SENA

demandado –que fue apelante único– nada dijo sobre ello en su recurso, pues ningún interés tenía para insistir en una pretensión de su contraparte a la que no se accedió en la primera instancia. Estos asuntos tampoco eran intrínsecos a la apelación, por lo cual no se abría el paso para emitir un juicio sobre ellos. En consecuencia, al margen de que comparta o no lo dicho en estas materias, lo que estimo es que la Sala carecía de competencia para efectuar algún pronunciamiento al respecto.

El asunto relativo al efecto de la ausencia de salvedades en acuerdos suscritos durante y con ocasión de la ejecución de un contrato de cara a las pretensiones de la demanda no quedó comprendido en el objeto de la apelación, ni era intrínseco a él⁵; por tanto, pese a su importancia, la Sala no podía en este caso pronunciarse en ese sentido para fijar una regla de decisión de unificación.

Entiendo, y con alto valor reconozco la plausible labor de la Sala y su esencial intención de clarificar un tema que, por años, fue tratado de forma disímil por la distintas Subsecciones de la Sección Tercera. No obstante, la relevante función de unificación de la jurisprudencia que corresponde a esta Corporación como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁶, no constituye un aval para dejar de lado los límites y reglas de la competencia que rigen la función judicial y, por tanto, dicha función solo puede ser abordada y desarrollada respecto de temas comprendidos en el objeto de pronunciamiento de juez; de lo contrario, lo que se diga al respecto, o bien puede constituir la razón de una decisión *extra petita*, o no pasará de ser un *obiter dictum*.

En efecto, la decisión que se impugnó accedió a algunas de las pretensiones de la demanda por mayor permanencia en obra, es decir que en relación con éstas el *a quo* no le dio ningún efecto al hecho de que el contratista no hubiere dejado salvedades en la modificación al plazo pactado para el desarrollo de las obras, ni en el contrato adicional que se celebró para ejecutar obras complementarias. Por lo mismo, la apelación del SENA no se fundó en ese silencio como elemento impeditivo de la prosperidad de reclamaciones posteriores en vía judicial. La negativa del Tribunal a reconocer las otras pretensiones no se basó en el hecho de que la contratista no hubiere dejado salvedades y, en todo caso, éste, que fue el demandante, no recurrió la decisión. En suma, la controversia de la segunda instancia no se trabó en función de la ausencia de salvedades en los acuerdos que las partes suscribieron para la ejecución del objeto pactado.

Surge entonces que no existe una relación entre los fundamentos que soportaron la decisión de primera instancia, los motivos en los que sustentó la apelación para mostrar su inconformidad con aquélla y el supuesto que se tuvo en cuenta en el fallo para unificar jurisprudencia, consistente en que el silencio de las partes en

⁵ El conocimiento del asunto no se imponía porque se fueran hacer reformas al fallo impugnado que implicaran abordar su estudio. (art. 357, C.P.C.).

⁶ A mi juicio y por las razones que más adelante expresaré la sentencia de la cual me apartó no corresponde, propiamente, a una de unificación; sin embargo, para guardar el hilo conductor del argumento que ahora pretendo expresar en relación con los aspectos sobre los que, en mi entender, no cabía un pronunciamiento en segunda instancia, no abordaré aún en ese aspecto.



Expediente: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121)
Demandante: CONVEL S.A.
Demandado: SENA

ese tipo de acuerdos no da lugar a negar, *per se*, las pretensiones de la demanda ni a inhibirse para pronunciarse sobre el fondo del asunto. Como se mostró, no fue éste el objeto de debate. Cosa distinta hubiere acontecido si las pretensiones de la demanda hubieren resultado imprósperas por alguna de esas dos causas y el demandante hubiere apelado esa decisión, pero no fue ello lo que ocurrió.

El pronunciamiento sobre esa materia tampoco se abría paso con base en una facultad oficiosa. En el fallo del cual me aparto se indica que una de las posturas –no unánime– de esta Corporación ha sido analizar si se dejaron salvedades en los acuerdos, con independencia de que tal circunstancia hubiere sido planteada como excepción o como cargo de la apelación⁷. Seguidamente señala que tal aspecto se abordaría con base en lo dispuesto en el artículo 164 del CCA que señala que en la sentencia definitiva se debe decidir sobre las excepciones propuestas y “*sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada*”; sin embargo, en la providencia no se encontró probada la excepción –al menos no formalmente– y, por tanto, en los términos de esa norma, no se activó dicha facultad.

Las anteriores razones me llevan a concluir que las particularidades del caso no ofrecían las condiciones para que la Sala fijara en esta sentencia una regla de unificación sobre la ausencia de salvedades en los otrosíes del contrato.

La función de unificación que el legislador encomendó a los órganos de cierre de las jurisdicciones tiene como fin último el de generar coherencia en la interpretación de las normas y en la aplicación del derecho a casos de condiciones fácticas similares, lo que se traduce en garantías de principios como la seguridad jurídica y la igualdad. A mi juicio, ello impone que las sentencias que tengan este carácter deban fijar reglas claras de decisión que se puedan aplicar uniformemente a situaciones fácticas análogas.

La regla de unificación, entonces, no está encaminada a reiterar aspectos que están consagrados en la ley, sino a definir una interpretación del derecho que genere armonía y coherencia en su aplicación respecto de situaciones semejantes que, sin embargo, han sido resueltas de forma disímil, o respecto de normas que por su contenido o novedad propicien una decisión de esa naturaleza. Por tanto, la regla de unificación debe servir de fundamento para resolver el litigio específico que sirve para adoptarla y para todos los demás que compartan con aquél, en lo esencial, sus aspectos definitorios y característicos.

Sin desconocer en manera alguna la importancia del pronunciamiento que a título de unificación hizo la Sala mayoritaria, soy del criterio de que este caso no reúne las características de las que están llamadas a ser sentencias de unificación, por

⁷ Aspecto que no es el sobre el cual recayó el pronunciamiento de unificación. El desarrollo de la providencia no está encaminado a determinar si, pese a que la ausencia de salvedades no se hubiere planteado como excepción o como cargo de la apelación, el asunto deba ser resuelto oficiosamente por el Juez. Sino sobre los efectos de la ausencia de tales salvedades.



Expediente: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121)
Demandante: CONVEL S.A.
Demandado: SENA

las razones que paso a exponer. El texto que se acogió a título de unificación puede ser analizado en dos partes:

a) *“Cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución de un contrato, el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos”*

Resulta pertinente mencionar que, a mi juicio, la sentencia es imprecisa al señalar que en algún momento la jurisprudencia de esta Corporación indicara que la ausencia de salvedades impidiera adoptar decisiones de fondo, pues lo cierto es que, aun cuando en algunos eventos se utilizaron expresiones que pudieron conducir a esa confusión, en ninguna de ellas se emitió un fallo inhibitorio⁸. En algunos casos se negaron las pretensiones de la demanda con base en razonamientos soportados en el análisis de la conducta contractual de las partes al amparo del principio de buena fe y, en otros, sobre la base del principio de normatividad de los contratos, al concluir, en desarrollo de una labor de interpretación judicial que, al no hacer una manifestación contraria, los asuntos asociados a las pretensiones quedaron cobijados por un acuerdo al que se vinculó el demandante en el marco de su autonomía de la voluntad y que, por tanto, no podía ser desconocido por el juez.

Lo anterior pone en evidencia que en la jurisprudencia no se implantó un presupuesto procesal inexistente que culminara en sentencias inhibitorias, sino que se emitieron decisiones motivadas que abordaron directamente el fondo de los conflictos y que, más allá de que se comparta o no la tesis adoptada, llevaron, de manera sustentada, a negar las pretensiones de la demanda.

Ahora, es posible que, dada la confusión que pudo haber surgido a partir de la inexacta terminología que se utilizó en algunas providencias, se hiciera necesario que la Sala Plena de la Sección Tercera hiciera las precisiones del caso; no obstante, y sin restar importancia a la materia, ello no corresponde propiamente a una sentencia de unificación.

b) *“El deber del juez será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, las normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato. Conforme a dichas reglas, establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio,*

⁸ Al menos así ocurrió en la inmensa mayoría de los casos. Aunque cabe la posibilidad de que la confusión que generó el lenguaje de algunas providencias hubiere llevado en algún evento a que ello ocurriera, lo cierto es que esos casos aislados derivados de una errónea lectura de la sentencia no pueden conducir a se tome esa muestra como elemento para determinar la necesidad de emitir una sentencia de unificación, menos cuando la jurisprudencia de las tres Subsecciones de esta Sección ha sido clara y pacífica en señalar que no se trata de un presupuesto procesal cuyo incumplimiento impida emitir un pronunciamiento de fondo.



Expediente: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121)
Demandante: CONVEL S.A.
Demandado: SENA

deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado”

A mi juicio este aparte del texto no contiene una regla de unificación, sino que describe la labor que, de conformidad con la ley, le corresponde desarrollar al juez y de la cual, reitero, no se ha apartado. En efecto, cuando un conflicto es sometido a escrutinio jurisdiccional, la labor del fallador consiste, justamente, en emitir una decisión que responda a lo que se encuentre acreditado en el proceso de cara a la valoración de las pruebas que obren en él, en concordancia con lo que dicten las normas pertinentes sobre la materia, para lo cual no hace falta emitir una sentencia de unificación.

De otro lado, comparto que no se puede adoptar como principio inmutable que el hecho de no dejar salvedades en los otrosíes impida que se acceda a las pretensiones de la demanda por contrariar el principio de buena fe que rige también la conducta contractual –criterio que aplicado al extremo llevó, en algunos casos, a que las pretensiones de las demandas fueran negadas casi que de manera automática sin tomar en cuenta las particularidad de cada caso–, sino que lo que corresponde es estudiar el asunto de cara a sus particularidades y, asimismo, resolverlo según su propia singularidad.

Sin embargo, lo cierto es que, como expone la sentencia, en la actualidad existe un claro consenso entre las diferentes Subsecciones que integran la Sala Plena de esta Sección en la materia, por lo cual las precisiones que sobre ese aspecto merecía que se hicieran por el pleno de la Sección, no corresponden propiamente a una sentencia de unificación; sin que por ello la providencia mengüe o pierda en modo alguno la importancia que representa para el mundo jurídico sentar con claridad las bases por las cuales se abandona o acoge una postura jurisprudencial.

Ahora, uno de los temas que fueron considerados en la sentencia como fundamento del texto que luego se acogió a título de unificación consistió en señalar que, de conformidad con las normas que rigen nuestro ordenamiento jurídico, al silencio no puede dársele efectos dispositivos; de ahí que la ausencia de salvedades no conduce a concluir que la parte demandante ha renunciado a sus derechos y, en consecuencia, a que se nieguen, por esa razón, sus pretensiones, lo cual comparto.

En la providencia se indicó de forma acertada que *“[e]n materia de adiciones, otrosíes o contratos modificatorios, en algunos eventos, el juez al interpretar el contrato y los acuerdos durante su ejecución, como ha sucedido en algunos casos decididos por esta Sala, encontrará que la voluntad de las partes se limitó a facilitar la ejecución del contrato, sin que regularan asuntos relativos al incumplimiento o al desequilibrio contractual y se accedió a las pretensiones⁹. En*

⁹ Cita original de la sentencia: “Cfr. Consejo de Estado, Subsección B, sentencia de 5 de mayo de 2020, Rad. 42.962 [fundamento jurídico 13.5]. subsección C, sentencia de 20 de noviembre de



Expediente: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121)
Demandante: CONVEL S.A.
Demandado: SENA

otros, el juez constatará que las partes disciplinaron determinados aspectos de su relación, aceptaron modificaciones, renunciaron o transigieron determinados derechos, que posteriormente pretenden en juicio y, por ende, se negaron las pretensiones¹⁰. **Esta distinción es trascendental pues, a partir de ella, el juzgador debe determinar si en realidad el acuerdo refleja que las partes tuvieron la intención de resolver de manera definitiva un conflicto existente entre ellas**” (énfasis agregado).

A mi juicio, las pruebas que obran en el plenario de lo único que dan cuenta es de que el acuerdo al que llegaron las partes el 4 de diciembre de 1997 estuvo destinado a facilitar y garantizar el cumplimiento del objeto pactado, no a resolver los conflictos asociados a las causas que, según alegó CONVEL S.A, no le eran imputables y que habrían dado lugar a que los trabajos no se ejecutaran en el tiempo estipulado y, por ello, tampoco dan cuenta de que al convenir en la ampliación del plazo el contratista hubiere admitido asumir los costos de la necesidad de permanecer mayor tiempo en la obra o, lo que es lo mismo, hubiere renunciado a reclamarlos.

En efecto, ninguna manifestación se hizo en ese sentido, ni en las tratativas que precedieron al otrosí, ni en éste; por tanto, que la sentencia concluyera que los mayores costos que reclamó el contratista quedaron cubiertos por la negociación, pone en evidencia que, pese a la inexistencia de una renuncia expresa de reclamar los sobrecostos originados en la extensión del plazo, el hecho de no haber dejado salvedades al respecto, en un acuerdo que, se reitera, no tenía por objeto regular las consecuencias económicas derivadas de las causas que llevaron a la ampliación del plazo, fue la razón por la que las pretensiones se resolvieron negativamente.

Destaco que la propuesta que presentó el contratista para que la entidad optara por el aumento del valor del contrato o la ampliación de su plazo partió de la realidad de que, para ese momento, era claro que el objeto pactado no podía ejecutarse en el tiempo inicialmente convenido, salvo que se intensificara el tiempo de trabajo en obra, para lo cual se requerían recursos adicionales para cubrirlo; de no hacerlo, se hacía necesario ampliar el plazo. Se trató, solamente, de dos opciones para que el objeto pactado se cumpliera al amparo de la vigencia del contrato, no significaba ni puede deducirse de ahí que CONVEL S.A estuviera renunciando a que se le reconocieran y pagaran los costos que se podían causar por la mayor permanencia en la obra si se acogía la segunda alternativa.

2020, Rad. 38.097 [fundamento jurídico 12-18], Subsección A, sentencia del 5 de febrero de 2021, Rad. 46.726 [fundamento jurídico 3.3.3], sentencia de 7 de mayo de 2021, Rad. 43.055 [fundamento jurídico 3.1].

¹⁰ Cita original de la sentencia: “Cfr. Consejo de Estado, Subsección A, sentencia de 23 de octubre de 2020, Rad. 45.190 [fundamento jurídico 3.3.2], Subsección C, sentencia de 4 de septiembre de 2021, Rad. 54.004 [fundamento jurídico 6]”. Se precisa que la última de las providencias citadas fue proferida por la Subsección A.



Expediente: 05001-23-31-000-1999-02151-01 (39121)
Demandante: CONVEL S.A.
Demandado: SENA

En ese contexto, me es claro que CONVEL S.A. solamente estaba planteando alternativas de cara a la ejecución del contrato. No estaba negociando ni renunciando al derecho que tenía a que se cubrieran los mayores costos originados en la ampliación del plazo que se concedió específicamente por un término de 19 días que, según el interventor de la obra, no le eran imputables al demandante, por lo cual no comparto la decisión mayoritaria de la Sala que, aun cuando no lo dijo expresamente, terminó dándole efectos dispositivos al silencio.

Lo acabado de describir revela, no solo que la unificación adoptada no sirvió de base para resolver el caso concreto, sino que el asunto se desató de forma contraevidente a tal unificación.

Fecha *ut supra*.

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

VF

Nota: se deja constancia de que este documento se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace.