**ACCIÓN DE TUTELA – Providencia judicial – Controversias contractuales – Caducidad – Cómputo – Síntesis**

La pretensión de la sociedad accionante hacía referencia a un aparte del texto mismo del contrato de obra pública, de tal manera que el término de caducidad de dos (2) años debía contabilizarse desde la fecha de celebración del contrato y no desde aquella en que el mismo se ejecutó una vez autorizadas las prórrogas, por así disponerlo expresamente la norma aplicable al procedimiento contencioso administrativo vigente para la fecha de presentación de la demanda. Resulta en consecuencia que la decisión consultó la causa de la pretensión, la oportunidad en que la misma se consolidó y a partir de ahí contabilizó el término consagrado en una norma procesal de orden público, de tal manera que no puede considerarse que la autoridad incurrió en el defecto sustantivo reseñado por la sociedad tutelante.

**DICTAMEN PERICIAL – Eficacia probatoria – Valoración**

Se tiene que, con respecto al valor probatorio del dictamen pericial, en la sentencia censurada no se desconoció la existencia del mismo ni el hecho de no haber sido objetado por error grave, no obstante, lo cual al apreciarlo en su conjunto con el resto de las pruebas obrantes en la foliatura el ad quem concluyó que no tenía la suficiente fuerza de convicción para permitir la prosperidad de las pretensiones. Lo anterior aunado a que la pretensión por concepto de mayor permanencia en la obra se denegó con fundamento en la renuncia a la reclamación que realizó la sociedad Vías S.A. y la imputabilidad de una de las suspensiones del término de la ejecución de la obra al contratista, permiten concluir sin lugar a dudas que no existió el yerro en el juicio valorativo endilgado por la actora. (…) se advierte es que el objeto del dictamen había perdido fundamento de cara a la renuncia expresa a la reclamación por mayor permanencia en la obra y las causas de la prorroga que resultaron imputables al contratista y, adicionalmente, el dictamen carecía de eficacia probatoria para ser tenido en cuenta por el fallador. (…) en consecuencia que el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección B” explicó bajo el principio de razón suficiente los motivos por los cuales el dictamen pericial no sería valorado para efectos de reconocer los sobrecostos ocasionados por concepto de la mayor permanencia del contratista en la obra, por lo que no se presentó en el caso concreto el defecto fáctico señalado.

**RIESGOS – Contratista – Extracción – Materiales de base**

Se tiene que los mismos fueron valorados por la Sección Tercera del Consejo de Estado con fundamento en el pliego de condiciones, la propuesta presentada por el contratista para obtener la adjudicación del contrato y el contrato de obra pública debidamente perfeccionado. En efecto, la referida Corporación encontró que la obligación primigenia de los pliegos de condiciones trasladó la responsabilidad de la escogencia de las fuentes al contratista quien tuvo la posibilidad de prever las circunstancias que se podían presentar con las canteras para estructurar económicamente la propuesta. (…) la autoridad accionada analizó el compromiso asumido por el contratista de suministrar todo el equipo necesario para la obra, sin costo adicional y advirtió que el mismo no entregó equipos con la potencia suficiente para extraer el material que requería para la ejecución de la obra. Por lo expuesto, no resulta válido el argumento expuesto, tanto en el libelo introductorio como en la impugnación, referido a la existencia de un defecto fáctico relacionado con el desconocimiento de las pruebas que daban cuenta de las dificultades para la extracción de los materiales toda vez que se trataba de un riesgo asumido por éste.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION QUINTA**

**Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02452-01(AC)**

**Actor: SOCIEDAD VÍAS S.A.**

**Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**

**OBJETO DE LA DECISIÓN**

La Sala decide la impugnación interpuesta por la parte actora contra el fallo del 3 de noviembre de 2015, por medio del cual el Consejo de Estado – Sección Cuarta negó la solicitud de amparo constitucional invocada por la sociedad tutelante contra el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “B”.

1. **ANTECEDENTES**

**1. Solicitud de amparo**

Mediante escrito radicado el 4 de septiembre de 2015 en la Secretaría General de esta Corporación, la sociedad Vías S.A., por intermedio de apoderado judicial, ejerció acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “B”, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Tales derechos los consideró vulnerados con ocasión de la sentencia del 5 de marzo de 2015, dictada por la referida autoridad judicial, que confirmó el fallo del 10 de septiembre de 2003, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia que se inhibió para decidir frente a la pretensión de nulidad parcial del parágrafo de la cláusula cuarta del contrato de obra pública, sin número, celebrado el 18 de noviembre de 1991 y negó las demás pretensiones de la demanda de controversias contractuales instaurada por la sociedad actora contra el Departamento de Antioquia.

A título de amparo constitucional, solicitó:

**“PRIMERA** **PETICIÓN PRINCIPAL: DECLARAR** vulnerados al actor los derechos fundamentales constitucionales y garantías a un debido proceso justo e imparcial, de acceso a la administración de justicia y, por tanto, se **ORDENA** (Sic) **DEJAR SIN EFECTOS LA DECISIÓN PROFERIDA POR EL CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN “B” CONSEJERO PONENTE RAMIRO PAZOS GUERRERO, DEL 5 DE MARZO DE 2015.**

**SEGUNDA PETICIÓN PRINCIPAL: ORDENAR AL CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B” CONSEJERO PONENTE RAMIRO PAZOS GUERRERO, DEL 5 DE MARZO DE 2015,** proferir una nueva sentencia, teniendo en cuenta lo probado en materia de vulneración de los derechos fundamentales invocados que redunda en el reconocimiento del pago de los perjuicios reclamados por el actor.

**SUBSIDIARIA DE LA PETICIÓN SEGUNDA PRINCIPAL.** Que en el evento que se considere que las partes del parágrafo de la cláusula cuarta del contrato sin número suscrito el 18 de noviembre de 1991 es ineficaz por presentarse una nulidad absoluta por violación del régimen legal aplicable –orden público– se hagan las restituciones mutuas a que haya lugar, con base en la situación del contratista de buena fe que procedió a suscribir el respectivo contrato, con pleno derecho a los gastos y erogaciones realizadas hasta la fecha en virtud del contrato”.

La parte accionante fundamenta la solicitud de tutela en los argumentos que se sintetizan así:

i) Defecto sustantivo que fundamentó en que la autoridad judicial accionada decretó la caducidad de la acción dejando de analizar la nulidad propuesta, con lo cual faltó a la facultad oficiosa que le imponía declararla. Citó como normas desconocidas los artículos 87 del Código Contencioso Administrativo[[1]](#footnote-1) y 1742 del Código Civil[[2]](#footnote-2).

Explicó que como el contrato tuvo una ejecución superior a dos (2) años, por lo que debió aplicarse el término de ejecución de la obra para contabilizar la caducidad.

ii) Irregularidad procesal que -a su juicio- consistió en que la autoridad accionada *“no evaluó el contenido, las conclusiones y los anexos arrojados por la prueba pericial, debiendo tenerlo en cuenta además que de haberlo realizado se hubiesen reconocido los perjuicios en los que incurrió la sociedad Vías S.A. situación que modificaría de manera ostensible la decisión”[[3]](#footnote-3).*

Refirió que el dictamen pericial rendido por los ingenieros civiles Francisco Bravo Betancur y Gustavo Patiño Duque es conducente, pertinente y útil, motivo por el cual fue decretado y practicado dentro del proceso, reuniendo las exigencias y ritualidades que la ley exige y no fue objetado por error grave ni existió un nuevo dictamen que le restara credibilidad.

iii) Existencia de una vía de hecho por defectos sustantivo y fáctico por *“errores cognitivos”,* la cual hizo consistir en que en el operador jurídico *“… concluyó sin que estuviera probado, o con fundamento en pruebas no claras, que, no se presentaron sobrecostos en la ejecución contractual. En efecto la autoridad judicial demandada no valoró todas las pruebas y no obstante teniendo facultad para decretar pruebas ex officio no lo hizo”[[4]](#footnote-4).*

Fundamentó el defecto fáctico referido en este numeral en el hecho de no haberse valorado todos los medios de convicción que se referían a los sobrecostos del contrato, en especial a las pruebas sobre el origen, existencia y cuantificación de la mayor permanencia en la obra y las relacionadas con los problemas de extracción del material de base y subbase.

**2. Hechos probados**

La Sala encontró demostrados los siguientes supuestos fácticos, que son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

* El 27 de octubre de 1995 la sociedad Vías S.A. presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra el Departamento de Antioquia con el fin de que se anulara en forma parcial el parágrafo de la cláusula cuarta del contrato de obra[[5]](#footnote-5), sin número, suscrito el 18 de noviembre de 1991; que se reconocieran los sobrecostos generados en la ejecución del contrato y, en consecuencia, se restableciera el equilibrio financiero del contrato.

Como pretensión subsidiaria, solicitó que se cancelaran los perjuicios derivados de la omisión de la Administración de liquidar el contrato o se declarara la existencia de un enriquecimiento sin causa de la parte demandada.

* El Tribunal Administrativo de Antioquia dictó sentencia de primera instancia del 10 de septiembre de 2003 en la que se inhibió para resolver frente a la pretensión de nulidad parcial del parágrafo de la cláusula cuarta del contrato y negó las demás pretensiones de la demanda.
* El *a quo* consideró, en primer lugar, que había operado la caducidad de la acción contractual para solicitar la nulidad de las condiciones pactadas en el contrato, toda vez que ésta ha debido ser instaurada dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato, esto es, hasta el 7 de diciembre de 1993 y la demanda fue presentada el 27 de octubre de 1995.

En relación con las demás pretensiones de la demanda consideró que no había operado la caducidad, procediendo a analizar cada una de las situaciones que a juicio de la parte demandante causaron los sobrecostos reclamados así:

* En relación con la demora en la entrega de los terrenos y deficiencias en los diseños, previo análisis de las pruebas allegadas concluyó que *“No existe certeza de que el contratista inició la obra con posterioridad a la fecha pactada por el retardo en la entrega de fajas de terreno de la obra por parte exclusiva del Departamento – Valorización Departamental”* y que *“si bien es cierto la interventoría entregó diseños al contratista para la ejecución del contrato, tal situación no afectó el plazo de construcción de la obra”[[6]](#footnote-6).*
* Con respecto a la demora de la orden de imprimación por parte de la interventoría, concluyó que *“… se detectaron fallas en los parámetros de las especificaciones en el suministro, colocación y compactación de base por parte del contratista, quien solicitó una adición del plazo para determinar los correctivos a realizar, por lo tanto, ahora el contratista no puede solicitar indemnización por la adición del plazo cuando la falla es imputable a la actividad del contratista”.*[[7]](#footnote-7)
* Sobre los hechos que se relacionan con los problemas de extracción de materiales de base y subbase, concluyó que le correspondía al contratista elaborar un estudio técnico, ambiental y económico de la explotación de las canteras entregadas para la ejecución del contrato, sin que lo hubiera realizado, de tal manera que *“… la falta de planeación, estudio y programación de la explotación de las canteras por parte del contratista, al igual que la ausencia del equipo adecuado en la ejecución de la obra no es imputable al Departamento de Antioquia – Valorización Departamental ni a la interventoría”[[8]](#footnote-8).*
* En referencia al no pago de obra adicional y de obra extra precisó que en el proceso no existía prueba de que estas hubieran sido relacionadas por el contratista en las actas de pago y no hubieran sido canceladas en las diferentes actas de pago de la obra y sobre la obra extra no demostró que hubiera sido autorizada por la entidad territorial contratante.
* En torno a las contribuciones a pagar por la extracción de materiales consideró que los impuestos debieron ser considerados por el contratista al elaborar su oferta y el estudio de los precios unitarios, de tal manera que la negligencia en dicho análisis no puede serle imputable al Departamento de Antioquia.
* Finalmente, en relación con las indemnizaciones a pagar por los daños causados por la ejecución de las obras, consideró que la responsabilidad por los daños que ocasione a terceros con ocasión de la ejecución del contrato corresponde al contratista, al tenor de lo dispuesto por el artículo 89 del Decreto 222 de 1993, vigente para la fecha de celebración del contrato.
* Al referirse a los costos derivados de la modificación de los plazos del contrato, aseveró que no le es dable al contratista solicitar la indemnización por las fallas y deficiencias técnicas en la ejecución de la obra pública.
* La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia el cual fue resuelto por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “B”, mediante sentencia del 5 de marzo de 2015 que lo confirmó.
* Para arribar a la citada resolutiva, el *ad quem* analizó cada uno de los argumentos de apelación así:
* Mayor permanencia en la obra: sobre esta reclamación valoró las pruebas allegadas a la actuación, en especial las actas de iniciación, prórroga del contrato y recibo final de la obra pública, encontrando demostrada la prolongación del plazo inicialmente pactado, así como que la primera y segunda oportunidad en que se acordó un nuevo término obedecieron a situaciones no imputables al contratista, no obstante lo cual éste *“… renunció expresamente a cualquier reclamación judicial o extrajudicial por concepto de mayor permanencia en la obra, así como a los reajustes por dicha situación. Actos jurídicos cuya legalidad no se ha cuestionado”[[9]](#footnote-9).*
* Sobrecostos por la demora en la entrega de los terrenos: sobre esta reclamación precisó que no se encontraban debidamente acreditados en el proceso y que la prueba pericial practicada no tenía suficiente valor probatorio en tanto no indicaba la metodología, investigaciones u otras actividades que hubieran desarrollado los peritos para llegar a las conclusiones consignadas en el mismo.
* En relación con el cambio de las condiciones contractuales inicialmente pactadas, consideró que la pretensión no podía prosperar por cuanto la sociedad contratista no demostró el cumplimiento de su obligación de adelantar los estudios necesarios con el fin de determinar la fuente de los materiales, a lo cual se había obligado tal como consta en el pliego de condiciones, en la propuesta y en el contrato celebrado.

**3. Actuaciones procesales relevantes**

**3.1. Admisión de la demanda**

Por auto del 21 de septiembre de 2015, la Magistrada Ponente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la demanda de tutela y dispuso la notificación a los Magistrados del Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “B”. Así mismo, ordenó la vinculación del Municipio de Antioquia, de la sociedad Sedic Ltda.[[10]](#footnote-10) y del Tribunal Administrativo de Antioquia, como terceros interesados en el resultado del proceso[[11]](#footnote-11) y dispuso la publicación en la página *web* del Consejo de Estado para el conocimiento de todos los terceros interesados.

**3.2. Contestación de la autoridad judicial accionada – Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “B”**

El Magistrado Ponente de la decisión censurada presentó informe del 28 de septiembre de 2015 en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, dando respuesta a los cargos formulados por la sociedad tutelante, así:

i) Respecto de la caducidad de la acción precisó que, por ser una figura de carácter procesal, las normas aplicables son las vigentes al momento de iniciar su cómputo. Afirmó que la norma vigente era el Decreto 01 de 1984, con la reforma introducida por el Decreto 2304 de 1989, que disponía que las acciones de controversias relativas a contratos caducarían a los dos años de ocurridos los motivos de hecho y de derecho que le sirvieran de fundamento, motivo por el cual el término de caducidad se computó en forma correcta desde la celebración del contrato que incluyó la cláusula demandada.

Afirmó que, de admitirse que el juez debía pronunciarse de oficio sobre la nulidad de la cláusula, la causal de nulidad debía estar plenamente demostrada. Lo anterior por cuanto los contratistas pueden transar sobre todos sus derechos económicos, siempre que miren al interés del renunciante.

Adicionalmente, el término para pronunciarse sobre una nulidad no depende del arbitrio del operador judicial, toda vez que en relación con el mismo opera la figura jurídica de la prescripción, aspecto al cual –a su juicio– le es aplicable el artículo 1742 del Código Civil, que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años, aun cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos.

Concluyó que *“… verificado el vicio con la suscripción del contrato el 18 de noviembre de 1991, es claro que el juez debió pronunciarse sobre el mismo hasta el 18 de noviembre de 2011, mientras que la sentencia de produjo el 5 de marzo de 2015”[[12]](#footnote-12).*

ii) Sobre la valoración probatoria afirmó que no puede pretenderse trasladar la carga de la prueba al juez, toda vez que al mismo no le es dable utilizar sus facultades oficiosas para favorecer a una de las partes, por cuanto son ellas quienes tienen la obligación de probar, tal como se reseña en la sentencia del 29 de agosto de 2007, dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez que se citó en la providencia censurada.

Precisó que *“… las deficiencias probatorias en el presente proceso, ya habían sido advertidas por esta Corporación al resolver sobre la solicitud de conciliación judicial lograda por las partes”[[13]](#footnote-13).*

**3.3. Informe de los terceros vinculados**

**3.3.1. Departamento de Antioquia**

La Secretaria General del Departamento de Antioquia presentó informe del 29 de septiembre de 2015; manifestó que las autoridades judiciales que conocieron el proceso actuaron conforme al ordenamiento jurídico en especial a lo normado por el Decreto 222 de 1983, por lo que los defectos fáctico, sustantivo y procedimental alegados no se configuran en el caso concreto.

Hizo referencia a que el término de caducidad de la acción era de dos años en relación con la pretensión de nulidad de una cláusula del contrato, tal como fue aplicado por las autoridades judiciales que conocieron del proceso de controversias contractuales.

Afirmó que el demandante no logró demostrar los sobrecostos derivados del no pago de la obra adicional y de la obra extra y en relación con los demás *ítems* el contratista no tenía derecho a su reconocimiento y pago, como acertadamente lo concluyeron los operadores jurídicos.

Aseveró que la parte tutelante pretende utilizar este medio constitucional para debatir etapas procesales que se encuentran culminadas, así como el valor que se le dio a los elementos de prueba obrantes en la foliatura, lo que corresponde a la autonomía de los jueces.

**3.3.2. Intervención de los demás terceros**

La sociedad Sedic Ltda. y los demás terceros vinculados guardaron silencio.

**3.4. Fallo impugnado**

La Sección Cuarta del Consejo de Estado dictó sentencia del 3 de noviembre de 2015, por medio de la cual negó la petición de amparo constitucional.

Consideró que en el asunto bajo estudio se encontraban superados los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y abordó el análisis de cada uno de los defectos señalados por el accionante.

Con respecto al defecto sustantivo advirtió que la norma aplicable al caso era el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo en su redacción inicial, en virtud del cual el término de caducidad se debía empezar a contabilizar a partir de la expedición de los actos o de la ocurrencia de los hechos que den lugar a ellos, de tal manera que en el caso concreto cuando se presentó la demanda había operado el fenómeno de la caducidad de la acción.

En relación con la omisión de la autoridad accionada de declarar de oficio la nulidad de la cláusula contractual, afirmó que la sociedad contratista renunció expresamente a las posibles reclamaciones que se presentaran por las prórrogas y suspensiones del contrato, las cuales no fueron objeto de cuestionamiento alguno.

Consideró que en el caso concreto no se encontraban probadas las causales de nulidad de la cláusula contractual que permitieran a la autoridad declararlas de oficio *“… pues la manifestación de renunciar a posteriores reclamaciones es propia de las actividades y negociaciones contractuales, lo que no constituye objeto ilícito desde ningún punto de vista”.*

Sobre esta alegación consideró que la labor interpretativa realizada por el fallador de instancia se encuentra debidamente sustentada y razonada y, en consecuencia, no es susceptible de ser calificada como defecto sustantivo como lo pretende la parte actora.

En torno al defecto fáctico alegado que a juicio del *a quo* se concretó en la indebida apreciación del dictamen pericial practicado en el proceso, aseveró que tal medio de convicción fue ponderado junto con los demás elementos de juicio que obraban en el expediente, no obstante no alcanzó el valor suficiente para respaldar las pretensiones de la demanda ante la carencia de elementos técnicos y metodologías que sustentaran las conclusiones expuestas.

Sobre la facultad oficiosa en materia probatoria analizó el tema a la luz de lo dispuesto por el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época de tramitación del proceso, advirtiendo que la facultad oficiosa no sustituye a las partes en el deber de probar los supuestos de hecho en los que fundamentan las pretensiones de la demanda.

Concluyó afirmando que no aparece demostrado que la autoridad demandada haya adoptado decisiones groseras, arbitrarias o caprichosas que transgredan los derechos fundamentales de la parte actora, la cual pretende convertir la acción de tutela en una tercera instancia para debatir inconformidades planteadas en el trámite de las instancias del proceso.

**3.5. Impugnación**

Mediante escrito radicado el 16 de diciembre de 2015, el apoderado de la parte accionante impugnó el fallo; afirmó que el defecto fáctico alegado en la demanda de tutela no hacía referencia exclusiva al dictamen pericial que no fue valorado por la autoridad judicial accionada, sino que también comprendía otros medios de convicción que no fueron tenidos en cuenta y cuya adecuada valoración debió conducir a que llegara a las siguientes conclusiones:

“¿Hubo prolongación en el tiempo de la ejecución inicialmente pactada? **Si**

¿Esa extensión obedeció a hechos no imputables al contratista e imputables a su contraparte? Efectivamente no fueron imputables al contratista y si lo fueron al contratante.

¿El contratista cumplió con su debito contractual? Si, así se demuestra en el numeral anterior del presente documento.

¿Se acreditaron los mayores extra costos generados por la mayor permanencia en la obra? Si, así aparece en el dictamen pericial”. (Subrayas incluidas en el texto original)

Transcribió apartes de pruebas documentales obrantes en el expediente, para concluir que *“… la mayor permanencia del contratista y los perjuicios sufridos por éste son imputables al contratante y su interventoría”[[14]](#footnote-14).*

Insistió en que debe reconsiderarse la desacreditación de la prueba pericial, por cuanto la misma guarda perfecta congruencia con el resto del material probatorio y que el Consejo de Estado en sede de apelación ha debido decretar pruebas de oficio, tal como actualmente lo previene el artículo 170 del Código General del Proceso, norma que si bien para la fecha no era aplicable, sirve para ilustrar la prevalencia del derecho sustancial.

Reiteró la existencia de un defecto sustantivo derivado de la presencia de nulidad absoluta y no relativa en el contrato de obra pública celebrado entre las partes, la cual ha debido ser declarada de oficio por el Consejo de Estado, quien, contrario a ello, declaró la caducidad de la acción en relación con esta pretensión.

Fundamentó esta alegación en el contenido normativo del artículo 20 del Decreto Ley 222 de 1983 el cual condiciona la aplicación de la modificación unilateral del contrato al mantenimiento de las ventajas económicas otorgadas al contratista, agregando que, igualmente el artículo 86 *ejusdem* ordena la revisión de los precios durante la ejecución del contrato.

**II.** **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Competencia**

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación del fallo de tutela del 3 de noviembre de 2015, dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la acción de tutela instaurada por la sociedad Vías S.A. contra el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “B”, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 y el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena.

**2. Problemas jurídicos**

Le corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿Si la Sección Tercera del Consejo de Estado con la sentencia del sentencia del 5 de marzo de 2015, que confirmó el fallo del 10 de septiembre de 2003, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia vulneró los derechos fundamentales del debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la Sociedad Vías S.A.?

Concretamente resolverán los siguientes subproblemas jurídicos:

¿Si la autoridad accionada incurrió en defecto sustantivo por haber declarado la caducidad de la acción de controversias contractuales en relación con la solicitud de nulidad del contrato?

¿Si el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “B” incurrió en defecto fáctico por indebida valoración del dictamen pericial en conjunto con las demás pruebas allegadas a la actuación?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, se analizarán los siguientes temas: **(i)** criterio de la Sección sobrela procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** requisitos de procedibilidad adjetiva; y **(iii)** análisis del caso concreto.

**3. Razones jurídicas de la decisión**

**3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial**

Esta Sección, mayoritariamente, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012[[15]](#footnote-15) **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema[[16]](#footnote-16).

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutiva de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales[[17]](#footnote-17).

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente**.”[[18]](#footnote-18) (Negrilla fuera de texto)

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debemodificar su criterio sobre la procedenciay, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental**, **observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los “***fijados hasta el momento jurisprudencialmente”.***

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014[[19]](#footnote-19), la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia[[20]](#footnote-20) a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una *“tercera instancia”* que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

**3.2. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva**

En el caso concreto los requisitos de procedibilidad adjetiva fueron superados por el *a quo* en la sentencia censurada, por lo que no corresponde a la Sala analizarlos en tanto no fueron objeto de impugnación.

**3.3. Caso concreto**

Con el fin de abordar los argumentos expuestos por el impugnante, la Sala abordará los siguientes ejes temáticos: i) Defecto sustantivo por haberse declarado la caducidad de la acción de controversias contractuales en relación con la solicitud de nulidad de una estipulación del contrato y ii) Defecto fáctico por indebida valoración del dictamen pericial en conjunto con las demás pruebas allegadas a la actuación.

**3.3.1. Defecto sustantivo**

De las pruebas que obran en el expediente, en especial de la sentencia dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “B” el 5 de marzo de 2015 que confirmó la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, denegatoria de las pretensiones de la demanda, se advierte que efectivamente la autoridad judicial consideró que había operado la caducidad de la acción de controversias contractuales en relación con la pretensión de que se declarara la nulidad absoluta del aparte del parágrafo de la cláusula cuarta del contrato del 18 de noviembre de 1991 que establece que *“el DEPARTAMENTO DE VALORIZACIÓN no está obligado a reconocer ninguna indemnización a favor del contratista, por razón de las pérdidas sufridas por el contratista en este contrato”.*

La declaratoria de caducidad se decretó con fundamento en lo establecido por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en la redacción inicial de la norma vigente para la época de celebración del contrato que establecía que el término de caducidad de las acciones relativas a contratos operaría “*en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento".*

Lo anterior en consideración a que para esa fecha aún no había entrado a regir la Ley 448 de 1998 que introdujo una modificación a la normativa en cuestión.

Es así como la pretensión de la sociedad accionante hacía referencia a un aparte del texto mismo del contrato de obra pública, de tal manera que el término de caducidad de dos (2) años debía contabilizarse desde la fecha de celebración del contrato y no desde aquella en que el mismo se ejecutó una vez autorizadas las prórrogas, por así disponerlo expresamente la norma aplicable al procedimiento contencioso administrativo vigente para la fecha de presentación de la demanda.

Resulta en consecuencia que la decisión consultó la causa de la pretensión, la oportunidad en que la misma se consolidó y a partir de ahí contabilizó el término consagrado en una norma procesal de orden público, de tal manera que no puede considerarse que la autoridad incurrió en el defecto sustantivo reseñado por la sociedad tutelante.

Adicional a lo anterior, debe analizar la Sala si correspondía a la autoridad accionada decretar de oficio la nulidad de la cláusula demandada por ser la misma contraria al ordenamiento jurídico, como lo afirma la sociedad tutelante y si con esta omisión vulneró los derechos fundamentales de la sociedad accionante al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Al respecto, lo primero que se advierte es que el régimen jurídico aplicable al contrato de obra pública celebrado el 18 de noviembre 1991 es el Decreto Ley 222 de 1983, en virtud del cual los contratos de que trata la norma celebrados por entidades descentralizadas del orden territorial se regulaban por esa disposición en lo que tiene que ver con los tipos de contratos, su clasificación, sus efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales.

Cabe destacar que la citada ley –que regía el contrato– no establecía consecuencias jurídicas a la renuncia a las reclamaciones del contratista y, contrario a ello, consagraba expresamente la denominada renuncia a la “reclamación diplomática”[[21]](#footnote-21), tratándola como un poder exorbitante de la Administración, norma que fue derogada por la Ley 80 de 1993 la que reglamentó la prohibición de renunciar a reclamaciones o desistir de las presentadas, en los términos de los arts. 5.3 y 24.5, referidas únicamente a las situaciones expresamente reguladas, por cuanto en todo lo demás prima el principio de la autonomía de la voluntad[[22]](#footnote-22).

Lo anterior significa que durante la vigencia del ordenamiento que regulaba el contrato de obra pública objeto de análisis *“…. la renuncia a derechos no era, per se, prohibida, porque el art. 60 lo admitía, al establecer genéricamente que: ‘… Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza…’.*  Por el contrario, el Decreto Ley 222 de 1983 consagró la necesidad de que el contratista renunciara a algunos derechos que son transigibles y, por ende, tales cláusulas eran válidas a la luz del referido ordenamiento y tenían la posibilidad de producir efectos jurídicos, esto es, eran eficaces.

En consecuencia, en el caso concreto analizado, habiéndose decretado la caducidad de la acción en relación con la pretensión anulatoria elevada por la parte demandante en el libelo introductorio, no correspondía al Consejo de Estado declarar de oficio la nulidad de la manifestación expresa de la voluntad de las partes consignada en el contrato, por lo que, no existe el defecto alegado por la sociedad tutelante.

Tampoco puede afirmarse, como lo pretende la parte actora que la declaratoria de nulidad resultaba imperativa para la autoridad judicial accionada en aplicación de lo dispuesto por el artículo 20 del Decreto Ley 222 de 1983[[23]](#footnote-23), por cuanto esta norma regula la figura jurídica de la modificación unilateral del contrato, la cual no fue aplicada al contrato de obra pública que motivó la controversia.

Adicional a lo anterior, si bien el artículo 86 *ejusdem[[24]](#footnote-24)* permite que se pacten en el contrato revisiones periódicas de precios, ello no ocurrió en el caso concreto ni fue objeto de debate en el proceso, tratándose adicionalmente de un argumento nuevo introducido en la impugnación.

**3.3.2. Defecto fáctico**

Esta Sala de Sección en decisión del 12 de noviembre del 2015[[25]](#footnote-25) precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de abordar el análisis de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación en la presente decisión:

Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) haber dictado sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso; los cuales tienen las siguientes características:

|  |  |
| --- | --- |
| **Evento** | **Características** |
| **Omisión de decreto y práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto** | Se da cuando la parte, con el fin de probar los hechos que alega, solicitó al juez el decreto de una prueba **relevante** para resolver el problema jurídico sometido a consideración, y ésta fue negada; ello sin desconocer la facultad del juez ordinario de negar pruebas que no atiendan los requisitos de conducencia, pertinencia e idoneidad. Así las cosas, es importante considerar que no toda negativa a un decreto de pruebas abre la posibilidad a la configuración del defecto, ya que éste procederá cuando se rechace el decreto y práctica de la prueba que, solicitada oportunamente, no cumpla con los parámetros arriba señalados.    De esta manera, se requiere que la parte\_   1. Identifique el elemento probatorio que solicitó. 2. Demuestre que lo solicitó en oportunidad legal. 3. Exponga las razones por las cuales la prueba solicitada era conducente, pertinente o idónea. 4. Señale de manera razonada la razón por la cual, de haberse decretado la prueba, el sentido de la decisión hubiere sido otro. |
| **Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes** | Se presenta cuando, obrando los elementos de convicción en el expediente, y estos resultan decisivos frente a los hechos que se pretenden probar, éstos no son tenidos en cuenta por el fallador ordinario. En este punto, se requiere que de forma específica, se concrete en el escrito de amparo, cuales pruebas, aportadas oportuna y legalmente, fueron desconocidas por el juez.  Así las cosas, se configura siempre que la parte:   1. Identifique los elementos de prueba no valorados por el juez. 2. Demuestre que éstos fueron aportados en forma legal y oportunamente al proceso 3. Señale las razones por las cuales eran relevantes para la decisión 4. Precise, razonadamente, la incidencia de los mismos para variar el sentido del fallo. |
| **Valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas** | Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado.  Se requiere entonces que:   1. La parte precise cual o cuales de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez 2. La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica.   El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, de ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural. |
| **Dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso** | Refiere al supuesto en que el fallador de instancia decide el asunto con base en pruebas que no observaron los requisitos legales para su producción o introducción al proceso. Así las cosas, el juez no ignora la prueba ni se equivoca en su apreciación, pero yerra al haberla tenido en cuenta para decidir el problema jurídico que le fue planteado, al ser ésta una prueba que desconoce el debido proceso de las partes.  Para su configuración corresponde:   1. Señalar con claridad los elementos probatorios aportados con violación al artículo 29 Constitucional. 2. Exponer las razones que sustentan dicha vulneración. 3. Demostrar que estos elementos de convicción fueron el sustento de la decisión. |

En virtud de lo expuesto, la parte accionante debe precisar mínimamente en su escrito el cargo que plantea, para demostrar no solo la configuración del defecto, sino también, su incidencia en la decisión judicial.

Lo anterior se suma a la exigencia de una carga argumentativa razonable para lograr la prosperidad del cargo, toda vez que, en el caso de una tutela contra una providencia judicial, están en juego valores importantes para el ordenamiento jurídico, como lo son la cosa juzgada y los derivados de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la Constitución.

Así, la argumentación expuesta por la sociedad tutelante indudablemente se encuadra en la segunda hipótesis prevista por esta Sección, en tanto en el escrito de impugnación textualmente se afirma que *“las pruebas no tenidas en cuenta hacen emerger de manera clara, fluida una realidad totalmente diferente a la establecida en la sentencia de segunda instancia”[[26]](#footnote-26).*

La accionante señaló que los medios de convicción que no fueron tenidos en cuenta son el dictamen pericial practicado en el proceso, las pruebas sobre el origen, existencia y cuantificación de la mayor permanencia en la obra y las relacionadas con los problemas de extracción del material de base y subbase.

Tales pruebas fueron legal y oportunamente allegadas al proceso y, en sentir de la sociedad actora, de ser valoradas por el operador judicial, conllevarían al reconocimiento de los valores reclamados a título de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, por lo que concurren en el caso concreto los presupuestos exigidos para el estudio del cargo.

Al abordar el análisis de la argumentación expuesta por la recurrente se tiene que con respecto al valor probatorio del dictamen pericial, en la sentencia censurada no se desconoció la existencia del mismo ni el hecho de no haber sido objetado por error grave, no obstante lo cual al apreciarlo en su conjunto con el resto de las pruebas obrantes en la foliatura el *ad quem* concluyó que no tenía la suficiente fuerza de convicción para permitir la prosperidad de las pretensiones.

Lo anterior aunado a que la pretensión por concepto de mayor permanencia en la obra se denegó con fundamento en la renuncia a la reclamación que realizó la sociedad Vías S.A. y la imputabilidad de una de las suspensiones del término de la ejecución de la obra al contratista, permiten concluir sin lugar a dudas que no existió el yerro en el juicio valorativo endilgado por la actora.

En efecto, aun cuando la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que la reclamación por mayor permanencia en la obra no era viable por las razones referidas en precedencia, valoró el dictamen pericial para dar respuesta a la totalidad de las alegaciones de la parte recurrente.

Al respecto consideró:

“De entrada precisa aclarar que en esa prueba se incorporó una estimación por concepto de mayor permanencia en la obra, que como se vio obedeció a la demora en la entrega de las canteras, la época invernal y la suspensión del contrato por la calidad de las obras, situaciones frente a las cuales no existe ninguna posibilidad de reclamación en esta sede, como consecuencia de la renuncia y la imputabilidad de la suspensión al contratista, como quedó visto, lo cierto es que la Sala, con el fin de garantizar una respuesta de fondo frente a todas las pretensiones, verificará si lo reclamado tiene que ver con los sobrecostos en que incurrió el contratista por las consabidas demoras, aunque no significaran una mayor permanencia en la obra.

En ese entendido y con el ánimo de analizar la fuerza de convicción de la prueba pericial frente a los perjuicios reclamados, se citan apartes de la misma sobre el punto, así:

….

Como se observa, la cuantificación del peritaje parte de la base de que las demoras en la entrega de los terrenos y los diseños, comportaron una mayor permanencia en la obra, lo cual ya quedó definido en renglones precedentes, en el sentido de indicar su improcedencia, lo que sería suficiente para desestimar las pretensiones en estudio.

Con todo, además de esa deficiencia, la Sala tampoco observa que la prueba pericial cuente con otros respaldos diferentes a la experiencia profesional de los peritos y los cálculos de la demanda, sin que en este último expliquen las razones para compartir tales asertos ni tampoco indican la metodología, investigaciones u otras actividades que desarrollaron para arribar a sus conclusiones. Igualmente, se echa de menos, la situación que la entidad advirtió en sede gubernativa sobre las dudas sobre la efectiva disposición de los equipos y frente a la cual nada dicen los peritos, ni siquiera en la aclaración del dictamen, donde se limitaron a confirmar las conclusiones de su dictamen (fls. 1107 y 1109, c. ppal 3)”.

En virtud de lo expuesto, lo primero que se advierte es que el objeto del dictamen había perdido fundamento de cara a la renuncia expresa a la reclamación por mayor permanencia en la obra y las causas de la prorroga que resultaron imputables al contratista y, adicionalmente, el dictamen carecía de eficacia probatoria para ser tenido en cuenta por el fallador.

La eficacia del dictamen ha sido objeto de pronunciamientos por parte del Consejo de Estado, entre otras, en la sentencia citada en esta oportunidad por la autoridad judicial accionada, esto es, el fallo del 14 de abril de 2010, exp. 16.432, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, oportunidad en la cual se precisó que: *“…un dictamen pericial será eficaz cuando en él consten los fundamentos de las conclusiones, habida cuenta que ‘si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar ese aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable”*.

Se tiene en consecuencia que el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “B” explicó bajo el principio de razón suficiente los motivos por los cuales el dictamen pericial no sería valorado para efectos de reconocer los sobrecostos ocasionados por concepto de la mayor permanencia del contratista en la obra, por lo que no se presentó en el caso concreto el defecto fáctico señalado.

En relación con las demás pruebas referidas por el recurrente, resulta aplicable el mismo argumento así:

i) Los sobrecostos por mayor permanencia del contratista en la obra no se reconocieron por cuando en relación con las prórrogas que no le resultaban imputables *“… renunció expresamente a cualquier reclamación judicial o extrajudicial por concepto de mayor permanencia en la obra, así como a los reajustes por esa misma situación. Actos jurídicos cuya legalidad no se ha cuestionado”.*

ii) En relación con los medios de convicción relacionados con los problemas de extracción del material de base y subbase, se tiene que los mismos fueron valorados por la Sección Tercera del Consejo de Estado con fundamento en el pliego de condiciones, la propuesta presentada por el contratista para obtener la adjudicación del contrato y el contrato de obra pública debidamente perfeccionado.

En efecto, la referida Corporación encontró que la obligación primigenia de los pliegos de condiciones trasladó la responsabilidad de la escogencia de las fuentes al contratista quien tuvo la posibilidad de prever las circunstancias que se podían presentar con las canteras para estructurar económicamente la propuesta.

Consideró que *“… el pliego de condiciones le asignó al contratista la obligación de adelantar todas las gestiones ante las autoridades ambientales, de manera que se trataba de un riesgo propio de esa contratación que conocía y, por consiguiente, debió asumirlo, razón por la cual no es posible trasladar los efectos* *negativos de la decisión de la propietaria de la cantera a la entidad contratante”.*

Adicionalmente, la autoridad accionada analizó el compromiso asumido por el contratista de suministrar todo el equipo necesario para la obra, sin costo adicional y advirtió que el mismo no entregó equipos con la potencia suficiente para extraer el material que requería para la ejecución de la obra.

Por lo expuesto, no resulta válido el argumento expuesto, tanto en el libelo introductorio como en la impugnación, referido a la existencia de un defecto fáctico relacionado con el desconocimiento de las pruebas que daban cuenta de las dificultades para la extracción de los materiales toda vez que se trataba de un riesgo asumido por éste.

Por las razones expuestas resulta claro que la valoración probatoria realizada por el Consejo de Estado no resulta ser arbitraria ni desconoce medios de convicción que lo hubiesen llevado a cambiar el sentido de la decisión, por cuanto el análisis se realizó con fundamento en las obligaciones contractuales asumidas por las partes en el pliego de condiciones y en el contrato y, adicionalmente, con base en las pruebas que daban cuenta de la forma como se ejecutó el mismo.

Se tiene, en consecuencia, que la autoridad judicial accionada no desconoció o dejó de tener en cuenta las pruebas allegadas a la actuación, de tal manera que la Sala no advierte un error en el juicio que tenga las características que ha destacado la Corte Constitucional, esto es *“(…) que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues según las reglas generales de competencia el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto”[[27]](#footnote-27).*

Lo anterior por cuanto en realidad la autoridad accionada encontró que no era procedente la reclamación en sede judicial en consideración a que el contratista había renunciado a las reclamaciones por mayor permanencia en la obra y había asumido el riesgo por la extracción de los materiales de base y subbase.

De conformidad con lo expuesto, la argumentación Consejo de Estado no puede considerarse como irrazonable o arbitraria, de tal manera que la alegación de la parte tutelante obedece a estar en desacuerdo con el análisis y con la decisión que se adoptó, la cual resultó desfavorable a sus intereses.

Es preciso poner se presente que los artículos 228 y 230 superiores confieren al juez autonomía, potestad que legitima las decisiones que profiere, de tal manera que la acción de tutela no puede constituirse en una tercera instancia que se pueda emplear para que se revise lo definido por el juez natural de la especialidad, como lo pretende el tutelante.

En consecuencia, al no resultar procedente la intervención del juez de tutela en el caso concreto, por no encontrar vulnerados los derechos fundamentales alegados, la Sala confirmará la decisión que adoptó la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó la petición de amparo constitucional.

**III. DECISIÓN**

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 3 de noviembre de 2015, proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, mediante la cual negó la petición de amparo constitucional invocada por la Sociedad Vías   
S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Presidente**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

1. “La norma citada establecía: “**ARTÍCULO** **87.**Modificado por el art. 17, Decreto Nacional 2304 de 1989 , Modificado por el art. 32, Ley 446 de 1998 De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

   Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato. **Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante** Sentencia C-1048 de 2001

   El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

   En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil”. [↑](#footnote-ref-1)
2. “**ARTICULO 1742. OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA**. **Subrogado por el art. 2º, Ley 50 de 1936.** **El nuevo texto es el siguiente:** La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 21. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 44. [↑](#footnote-ref-4)
5. La referida cláusula establecía que *“el DEPARTAMENTO DE VALORIZACIÓN no está obligado a reconocer ninguna indemnización a favor del contratista, por razón de las pérdidas sufridas por el contratista en este contrato.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 1386 y 1387 del cuaderno principal de primera instancia del proceso ordinario de controversias contractuales. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 1389 vuelto del cuaderno principal de primera instancia del proceso ordinario de controversias contractuales. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 1396 del cuaderno principal de primera instancia del proceso ordinario de controversias contractuales. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 807 del cuaderno de segunda instancia del proceso ordinario de controversias contractuales. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sociedad llamada en garantía dentro del proceso. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 106 y 107. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 121. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 130 vuelto. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 188. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. C. P.: María Elizabeth García González. [↑](#footnote-ref-15)
16. El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada. [↑](#footnote-ref-16)
17. Se dijo en la mencionada sentencia: “**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. C. P.: María Elizabeth García González. [↑](#footnote-ref-18)
19. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. C. P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. [↑](#footnote-ref-19)
20. Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-20)
21. Lo anterior se encontraba consagrado en el artículo 60 del Decreto Ley 222 de 1993, en los siguientes términos: “**ARTICULO 60. DE LAS CLAUSULAS QUE FORZOSAMENTE DEBEN CONTENER LOS CONTRATOS.** Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestases; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto. Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato”. [↑](#footnote-ref-21)
22. Sobre la comparación entre las normas del Decreto 222 de 1983 y las de la Ley 80 de 1993, ver entre otras, la sentencia del 14 de mayo del 2014 dictada por el Consejo de Estado – Sección Tercera, Subsección “C”, con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, en la cual se concluyó que únicamente a partir de la vigencia de esta última normativa correspondía al juez valorar en cada caso la validez de la cláusula, al concluir que *“… la Ley 80 no prohíbe directamente, en abstracto y en términos absolutos, toda forma de renuncia o desistimiento a las reclamaciones, sino las previstas en las dos normas citadas. La validez de las demás renuncias queda sujeta a escrutinio judicial, en caso de que la parte afectada considere que la ley prohibía la estipulación”.* [↑](#footnote-ref-22)
23. “A**RTICULO 20. MODIFICACION UNILATERAL.** Cuando el interés público haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos, se observarán las siguientes reglas:

    a. No podrán modificarse la clase y objeto del contrato.

    b. Deben mantenerse las condiciones técnicas para la ejecución del contrato.

    c. Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista.

    d. Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes.

    e. Deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación”. [↑](#footnote-ref-23)
24. “**ARTICULO 86. DE LA REVISION DE PRECIOS.** En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.

    Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma que lo determine el reglamento.

    En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100 %) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática.

    Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato”. [↑](#footnote-ref-24)
25. Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01, Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. C. P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 190. [↑](#footnote-ref-26)
27. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-424 de 2012. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-27)