

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ (E)

Bogotá D.C., diez (10) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02685-01 (35.259)
Demandante: Ingenieros Constructores Gayco S.A. y otro
Demandado: Empresas Públicas de Medellín E.S.P
Asunto: Acción de controversias contractuales

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de enero de 2008 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. En escrito presentado el 28 de octubre de 1997, las sociedades Ingenieros Constructores Gayco S.A., y Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A.¹, actuando por medio de sus representantes legales y por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales, con el fin de que se declarara que las Empresas Públicas de Medellín² incumplió el contrato No. 9/DJ – 777/86, y todas las modificaciones que le fueron introducidas, incumplimiento que consistió en: *“a. Haber entregado al contratista las fuentes de materiales de una calidad y cantidad inferiores a las requeridas para la correcta ejecución de la obra según las especificaciones dictadas por Empresas Públicas de Medellín en el pliego de condiciones. B. Por no haber observado los principios que informan e integran la ‘buena fe’ exigida en todo*

¹ En adelante, también llamado el contratista, el demandante o el accionante.

² En adelante también llamada E.P.M., Las Empresas, la entidad, la demandada o la accionada.

contrato; y en especial no haber dado al contratista la puntual y debida cooperación dentro del tiempo oportuno, tendiente a solucionar las dificultades surgidas durante la ejecución del contrato, no cooperación que determinó una inactividad que representó varios meses". En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

"2. Que relativamente a las actas de modificación Nos. 3 y 4 suscritas en 29 de octubre de 1995 la primera y el 3 de junio de 1996 la segunda, se haga el siguiente pronunciamiento: Que los actos contenidos en ellas son INOPONIBLES al consorcio formado por GAYCO S.A. por cuanto que quienes suscribieron en nombre de las compañías excedieron las atribuciones estatutarias concedidas, dado que sobrepasaron los límites cuantitativos determinados en los estatutos, y dado el carácter de inoponible, lo convenido en esas actas no afecta a las sociedades del Consorcio.

"Que consecucionalmente se condene a Las (sic) Empresas PÚBLICAS DE MEDELLÍN a pagar en favor de las entidades demandantes los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento en que incurrió y al cual se refiere la pretensión primera en sus literales a) y b) de esta demanda; perjuicios que están conformados por los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

"La condena solicitada por concepto de daño emergente será la que resulte probada dentro del proceso; y la correspondiente a lucro cesante, debe comprender el valor de la utilidad dejada de percibir y el de los intereses legales del 6 % anual (artículo 1617 Código Civil), aplicados a las sumas que resulten deducidas por concepto de perjuicios (sin ajustes), especialmente los relativos a daño emergente y al lucro cesante (en su aspecto de utilidad dejada de percibir) desde la fecha en que debió haberse efectuado la liquidación final del contrato hasta su pago efectivo.

"Las sumas de dinero correspondientes a los perjuicios derivados del daño emergente y del lucro cesante, en su faceta de utilidad dejada de percibir, deberán además ser ajustadas o actualizadas con base en la variación porcentual del índice de precios al por MAYOR entre las fechas en que debió haberse efectuado la liquidación final del contrato y la de ejecutoria de la sentencia respectiva, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

"4. Que la obligación de pagar los perjuicios deducida de la pretensión anterior debe ser satisfecha por EMPRESAS PÚBLICAS

DE MEDELLÍN de conformidad con los artículos 177 y sig. Del Código Contencioso Administrativo.

“PETICIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRETENSION PRINCIPAL NO. 2

“En el supuesto de que fuere desestimada por el Tribunal la pretensión tendiente a que se declare la inoponibilidad de los actos referidos en dicho aparte, se solicita que se haga la siguiente declaración que es la petición subsidiaria:

“Que la transacción y renuncia contenidas en el acta No. 3 son inexistentes, pues dichos pretendidos acto (sic) carecen de elementos esenciales que la ley señala para ellos, especialmente en lo relativo al objeto (artículos 2469 y 1522 el Código Civil).

“PETICIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL No. 3

“En el evento de la condena solicitada en la pretensión No. 3 no se pudiere precisar en los términos solicitados, se proferirá entonces fallo condenatorio en abstracto contra Empresas Públicas de Medellín y en favor de las sociedades demandantes, para que mediante incidente de regulación de perjuicios se precise el quantum, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 172 del Código contencioso Administrativo en armonía con el artículo 137 del código de Procedimiento Civil (Decreto 2282/89 art. 1º No. 73) fijándose así mismo las bases de tal regulación de perjuicios y de la fijación del QUANTUM en el respectivo fallo”. (folios 6, 7 y 8 cuaderno No. 1).

2. Como fundamento de las pretensiones expuso por separado los hechos que las fundamentaban así: En lo que se refiere a la pretensión número 1, señaló en síntesis los siguientes:

2.1. Entre las Empresas Públicas de Medellín y el Consorcio Ingenieros Constructores Gayco S.A. – Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A., se celebró el contrato 9/DJ-777/86, cuyo objeto era la adecuación y pavimentación de las carreteras entre Porcesito - las Violetas y la Draga en el departamento de Antioquia. El anterior contrato fue suscrito por la entidad el 29 de septiembre 1993, y por el contratista el 5 de noviembre siguiente.

2.2. En el contrato y sus adendas se pactó que el contratista recibiría de las empresas fuentes de materiales para la construcción de las distintas obras.

Según lo acordado, dichos materiales se suponían aptos y utilizables para el desarrollo y ejecución del objeto del contrato.

2.3. Una vez inició la obra el 3 de enero de 1994, el contratista encontró que las fuentes de materiales indicadas por las empresas no cumplían con la calidad y cantidad de materiales para la correcta ejecución de la obra, motivo por el que le solicitó a E.P.M. el suministro de una nueva fuente.

2.4. Transcurrido un tiempo sin obtener respuesta sobre la nueva fuente de materiales, el contratista radicó una nueva solicitud ante las empresas, el 10 de marzo de 1994, en la que manifestó las irregularidades y dificultades que se habían presentado desde el inicio de la obra. Sólo hasta el 13 de junio de 1994, 140 días después de la primera comunicación, se entregó una fuente sustituta denominada “La Isla”, cuyos materiales sólo eran utilizables en concreto de cemento, siendo insuficientes para cumplir con los requisitos y especificaciones exigidos en el contrato.

2.5. Posteriormente se entregó al contratista una nueva fuente sustituta, denominada “La Picardía”, la cual presentó problemas para su aprovechamiento debido a la presencia de terceros que impedían su explotación, lo que significó retrasos en las obras y mayores costos.

2.6. El incumplimiento de E.P.M., por la falta de entrega de las fuentes de materiales necesarias para la correcta ejecución del contrato, conllevó a que se hiciera la solicitud de ampliación del plazo del contrato y reconocimiento de sobrecostos, el 4 de agosto de 1994.

2.7. Sin obtener una respuesta clara por parte de E.P.M., en razón de los criterios disimiles que le exponía la interventoría a la accionada, se efectuaron varias comunicaciones que culminaron con la suscripción del acta de modificación bilateral No. 2, suscrita el 16 de enero de 1995 por parte de las empresas y el 30 de enero siguiente por el contratista, cuyo objeto fue la adición, eliminación, aumento y disminución de ítems por razones de estructura del

pavimento debido a la escasez de materiales pétreos, entre otros, y se amplió el plazo del contrato en 246 días.

2.8. Posteriormente, se suscribió el acta de transacción y modificación bilateral No. 3 al contrato 9/DJ – 777/86. En este acuerdo se expresó la falta de materiales en las fuentes previstas inicialmente en el contrato, y que fueron advertidas durante la ejecución del contrato y que debieron ser previstas por E.P.M. Como consecuencia del acta de transacción y modificación se reconoció la suma de \$ 300'000.000., por concepto de costos no resarcidos. Además se consagró una nueva ampliación del plazo del contrato en 181 días y se aumentaron, disminuyeron y se suprimieron otros ítems.

2.9. Aun cuando se acordaron y se sustituyeron las fuentes de materiales establecidas en el contrato, la imposibilidad de explotación y las diferencias en cuanto a ubicación, calidad y cantidad impidieron que se cumpliera a cabalidad con lo previsto en el contrato y en las actas de modificación bilateral, razón suficiente para demostrar que la actitud dilatoria e imprudente de las empresas afectaron la reciprocidad contractual, quebrantando la estructura, organización, programación, financiación y cálculo de riesgos realizados por el contratista para desarrollar el contrato. Todo lo anterior generó consecuencias directas para el contratista, quien sufrió a causa de ello una lesión económica que no tenía por qué asumir.

En lo que refiere a la pretensión de la “oponibilidad” de las actas de modificación bilateral Nos. 3 y 4, se expuso:

2.10. En el acta denominada de transacción y modificación bilateral No. 3, se incorporaron cambios al contrato valorados en \$ 1.698'.512.200. Adicionalmente se hizo un reconocimiento por mayores costos por \$ 300'000.000. Dicha acta fue suscrita por Germán Alvarado Lince, como representante legal de Ingenieros Constructores Gayco S.A.; y por Fernando Loboguerrero Osorio, como representante legal de Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A.

2.11. De acuerdo con los estatutos de las sociedades anteriormente mencionadas, el Gerente de Ingenieros Constructores Gayco S.A. sólo podía celebrar contratos superiores a los 6.000 salarios mínimos con autorización de la Junta Directiva de la sociedad, y el de Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A. necesitaba autorización de la Junta para celebrar contratos con un valor superior a 2.000 salarios mínimos. Así, los gerentes que actuaron en representación del consorcio y de las sociedades que lo conformaban excedieron las facultades estatutarias para suscribir las actas de modificación Nos. 3 y 4, pues desbordaron las atribuciones cuantitativas establecidas en los estatutos de las sociedades, lo que genera la “inoponibilidad” de dichos actos para las sociedades demandantes.

2.12. Para el efecto, señaló que conforme a los estatutos y el salario mínimo que regía para la época de la suscripción de las actas, el señor Alvarado Lince (representante de Gayco S.A.), sólo tenía facultad para celebrar contratos inferiores a \$ 713'601.900 y el señor Loboguerrero Osorio (representante de Murillo Loboguerrero ingenieros S.A.), por valor inferior a 237'867.300. Así, en el acta de modificación No. 3 los dos gerentes excedieron sus facultades estatutarias y en el acta de modificación No. 4, el gerente de Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A., la excedió.

Finalmente, en lo referente a la pretensión 3 subsidiaria, indicó:

2.13. La transacción y renuncia contenidas en el acta No. 3, carecen de los elementos necesarios para producir efectos jurídicos, toda vez que se renunció de forma indeterminada aun cuando la ley exige que en materia de obligaciones onerosas se determine e individualice la cosa objeto de renuncia, careciendo entonces de un requisito necesario para la validez de lo pactado.

3. La demanda se admitió en auto del 26 de enero de 1998 (folio 40 cuaderno No. 1), en el que se ordenó notificar a la entidad demandada y al Ministerio Público.

3.1. Al contestar la demanda Empresas Públicas de Medellín objetó las pretensiones, aceptó algunos hechos como ciertos y negó otros. Respecto de la primera pretensión (incumplimiento del contrato), señaló que de acuerdo con los antecedentes administrativos del contrato, estaba demostrado que durante su ejecución las empresas procuraron llevar a buen término el negocio celebrado dentro de los principios que orientan la contratación administrativa. Para el efecto, indicó que contrario a lo afirmado en la demanda el incumplimiento estuvo a cargo del contratista, motivo por el que en un principio se le declaró la caducidad del contrato, no obstante, esta decisión se revocó y se le impusieron multas sucesivas al contratista para apremiar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. En lo que refiere a la pretensión principal de “oponibilidad” de las actas de modificación bilateral 3 y 4, manifestó que no era cierto que quienes suscribieron las actas no tenían las facultades para ello, toda vez que los representantes legales del consorcio no requerían una nueva autorización para suscribir a nombre de sus representadas las modificaciones al contrato inicial, comoquiera que dicha autorización ya la habían obtenido, incluso, desde la presentación de la oferta.

De igual modo, expresó que de acuerdo con el Decreto 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993, los contratos estatales pueden ampliarse hasta en un 50 % de la suma inicial, cuando las necesidades del negocio así lo requieran, sin que dichas normas pudieran ser desconocidas por el contratista. En otro sentido, señaló que el valor del acta cuestionada ascendió a \$ 279'976.120, y que además era negativa por cuanto disminuyó el valor del contrato inicial. Así las cosas, reiteró que la autorización de los órganos sociales fue concedida desde el momento que se autorizó la firma del contrato, sin que ahora sea válido desconocer las actuaciones de sus representantes.

Finalmente, en cuanto a la pretensión que se denominó “prestación inexistente”, manifestó que el objeto de la transacción quedó plenamente determinado dentro del acta respectiva y desconocerlo sería absurdo por cuanto el contratista siempre manifestó su acuerdo con la transacción y nunca expresó que no cumplía las exigencias jurídicas.

Con fundamento en lo anterior, formuló las excepciones que denominó: i) buena fe ii) cumplimiento del contrato y iii) carencia de acción para demandar, esta última con fundamento en que el acta de modificación bilateral No. 3 fue suscrita sin manifestación de inconformidad por parte del contratista sobre cifras o su contenido, tratándose de un negocio jurídico válido.

3.2. En escrito a parte llamó en garantía a los señores Germán Alberto Alvarado Acevedo, Germán Acevedo Lince y Fernando Loboguerrero, para que respondieran de forma solidaria en caso de que E.P.M. resultara condenado en el proceso. Como fundamento de su petición expuso que si estos actuaron sin autorización de la junta directiva de las sociedades que representaban, debían responder personalmente por sus actuaciones (folio 81 a 84 cuaderno No. 1).

3.3. En proveído del 25 de junio de 1998 se admitió el llamamiento y se ordenó notificar a los llamados y suspender el proceso por 90 días con el fin de lograr su vinculación (folio 502 cuaderno No. 1).

3.4. Fernando Loboguerrero contestó el llamamiento en garantía, negando y aceptando hechos pero rechazando las pretensiones del llamamiento en garantía. Para el efecto, señaló que no está demostrado un vínculo legal o contractual del llamado con E.P.M. (folios 520 a 522 cuaderno No. 1).

4. Vencido el período de 90 días sin que se lograra la vinculación de todos los llamados, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (folios 537 a 539 cuaderno No. 1), y el 26 de febrero de 2007 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar y emitir concepto, respectivamente (folio 854 continuación cuaderno No. 1), etapa en la que la demandada reiteró los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda. Por su parte, el demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo*, en providencia del 25 de enero de 2008, negó las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, señaló que al haberse planteado como excepción la “carencia de acción para demandar”, debía hacerse un pronunciamiento sobre la validez del acta de transacción y de modificación bilateral No. 3, para poder hacer un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda. Señaló que de la lectura y comprensión del acta de modificación bilateral No. 3 se podía determinar que las partes voluntariamente suscribieron dicha transacción y modificación, llegando a un acuerdo sobre las diferentes controversias suscitadas en la ejecución del contrato, donde se pactó, mediante concesiones recíprocas, la perspectiva de un litigio.

Así las cosas, consideró que al estar contenida en dicha acta el reconocimiento por parte de la hoy accionada al Consorcio de todos los mayores costos y perjuicios que se dicen le fueron causados en desarrollo del contrato y que son objeto de demanda en el presente proceso, no podía solicitar nuevamente su reconocimiento pues ello desnaturalizaría el alcance y la filosofía del contrato de transacción.

En cuanto a las presuntas irregularidades en el contrato de transacción, consideró que en el contrato suscrito por las partes quedó claramente establecido el objeto y el alcance de la transacción, sin que se advierta en su contenido la carencia de los elementos necesarios para la validez del negocio jurídico.

Finalmente, en lo referente a la inoponibilidad del acta de transacción al Consorcio, determinó que le era oponible, toda vez que el representante legal de Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A., que suscribió el acta, tenía la facultad para hacerlo en virtud de la autorización que la Junta Directiva le entregó para la formulación de la oferta, suscripción y legalización del contrato, pues ella se extendía a todas las modificaciones que tuvieran relación directa con el contrato principal. Recalcó que la autorización conferida no tenía límite de cuantía por

cuanto se estableció una competencia para la legalización de “los contratos”, y así procedió cuando firmó el contrato principal.

En lo que se refiere a la sociedad Ingenieros Construcciones Gayco S.A., señaló que, contrario a lo afirmado por el demandante, el Gerente tenía capacidad para suscribir dicha transacción, toda vez que el valor suscrito en esa acta era inferior al valor que tenía autorizado para celebrar contratos.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

1. La parte demandante impugnó el fallo en escrito presentado el 20 de febrero de 2008 (folios 894 a 906 cuaderno principal.), en el que expuso los siguientes argumentos:

Señaló que no compartía la decisión del Tribunal ya que los actos de una sociedad para que fueran válidos debían estar ajustados a los requisitos legales y estatutarios, especialmente en lo que refiere a la autorización de la Junta Directiva por razones de la cuantía y naturaleza del negocio. Así, de acuerdo con los estatutos de la sociedad Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A., el Gerente tenía que obtener autorización para firmar contratos con cuantía superior a los 2.000 salarios mínimos legales, y si bien éste recibió autorización para celebrar el contrato de obra con E.P.M., esta autorización no comprendía el contrato de transacción suscrito en el acta No. 3.

Por su parte, la sociedad Ingenieros Constructores Gayco S.A., tampoco comprometió su responsabilidad en la firma del acta de transacción, por cuanto la cuantía del contrato que se suscribió excedía la de 6.000 salarios mínimos, situación que impedía a su Gerente celebrar contratos sin autorización de la Junta Directiva. En efecto, el acta de transacción, contrario a lo que afirmó el a quo, ascendió a la suma de \$ 1.290'.000.000., pues aquél sólo consideró como valor del contrato lo reconocido por sobrecostos y los aumentos de diferentes ítems, despachando, sin consideración alguna, el valor de las renunciaciones, las

cuales superaban en exceso la capacidad de representación del señor Alvarado Lince.

Entonces, al haber sobrepasado la capacidad que tenían los representantes, sus actos son inoponibles a las sociedades.

Así las cosas, solicitó que una vez se revoque la decisión de primera instancia en lo referente a la inoponibilidad de las actas de modificación No. 3 y 4, se proceda a estudiar el fondo del asunto, declarando que la demandada incumplió sus obligaciones, colocando al Consorcio contratista en la imposibilidad de atender sus prestaciones en el plazo inicialmente pactado y que significó un sobre costo por mayores costos en la explotación de las fuentes de materiales, transporte de materiales y mayor permanencia en obra.

2. El recurso se concedió en auto notificado por estado el 10 de marzo de 2008, (folio 908 cuaderno principal) y se admitió el 2 de mayo siguiente (folio 911 cuaderno principal).

A continuación, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar y emitir concepto respectivamente, etapa en la que el demandante solicitó que se tuvieran como alegatos los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación (folio 914 cuaderno principal). Por su parte, la accionada reiteró los argumentos expuestos a lo largo de todo el proceso. En ese sentido, manifestó que los representantes de las sociedades que conformaban el Consorcio contratista sí tenían la capacidad y autorización para suscribir el acta de transacción, como se reconoció en la sentencia de primera instancia. Añadió que si bien se generaron retrasos y mayores costos en la ejecución del contrato, esta diferencia fue zanjada mediante la transacción contenida en el acta bilateral No. 3, suscrita por las partes, en la que se reconoció a favor del demandante la suma de \$ 300'000.000, suma que no fue provisional y cubría la totalidad de reclamos por mayores costos y adicionales, advirtiendo que el demandante nunca expresó su inconformidad frente a ese acuerdo.

El Ministerio Público guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES

1. De la competencia.

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de enero de 2008, toda vez que la pretensión mayor, individualmente considerada-, supera la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en 1997 tuviera esa vocación³.

2. De conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico en el caso *sub judice* consiste en determinar si las actas de transacción y modificación Bilateral No. 3 y 4, suscritas entre las partes, le son oponibles a las sociedades Ingenieros Constructores Gayco S.A. y Murillo, Lobogerrero Ingenieros S.A.

Desde ya se anuncia que la sentencia recurrida será confirmada, toda vez que los argumentos expuestos por el demandante, tanto en la demanda como en el recurso de apelación, fueron objeto de discusión durante la ejecución del contrato y fueron zanjados en la transacción contenida en el acta de transacción y modificación bilateral No. 3, la cual fue ratificada con la suscripción del acta No. 4.

3. Para orientar el alcance de la controversia se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, pero sólo las relevantes en el caso *sub iudice*, para justificar el sentido de la decisión que se adoptará. En consecuencia, aunque el material probatorio recaudado es abundante, sólo se valorarán aquellos elementos de convicción que están directamente relacionados con el

³ De acuerdo con la demanda, el valor de la pretensión mayor ascendía a \$2.557'695.741, suma que excedía para el año en que fue presentado el recurso de apelación –20 febrero de 2008- la establecida en el numeral 10° del artículo 132 del Decreto 01 de 1984, subrogado por la ley 446 de 1998.

tema que fue objeto apelación y de discusión durante la ejecución del contrato, es decir, la validez de las actas de modificación bilateral.

Precisado lo anterior, de los medios probatorios allegados al proceso se encuentran demostrados los siguientes hechos:

3.1. Ingenieros Constructores Gayco S.A. se constituyó como sociedad comercial de responsabilidad limitada, y luego se transformó en anónima por escritura pública n.º 160565 de noviembre 3 de 1980, cuyo objeto social es el ejercicio de la ingeniería en todos sus ramos, según da cuenta el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Bogotá (original folio 575 a 576 cuaderno No. 1). A su vez, Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A. es también una sociedad que se constituyó como de responsabilidad limitada y luego se transformó en sociedad anónima, por escritura pública n.º 174018 de 26 de julio de 1985, dedicada a la contratación y ejecución de obras, trabajos o labores relacionadas con las profesiones de arquitectura e ingeniería civil, según da cuenta el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (original folios 577 a 584 cuaderno No. 1).

3.2 En 1993 las Empresas Públicas de Medellín y el Consorcio Ingenieros Constructores Gayco S.A y Murillo, Loboguerrero Ingenieros S.A., suscribieron el contrato de obra pública n.º 9/DJ-777/86, cuyo objeto fue la adecuación y pavimentación de las carreteras entre Porcesito y Las Violetas y Las Violetas y La Draga y todos los demás trabajos complementarios que sean necesarios para su completa, cabal y adecuada realización, Grupos I y II. Del clausulado, la Sala destaca los siguientes aspectos relevantes para resolver el problema jurídico:

“CLÁUSULA TERCERA: VALOR DEL CONTRATO. El valor de este contrato se estima en la suma de seis mil doscientos treinta y dos millones ciento noventa y un mil seiscientos dos pesos colombianos (\$ 6.232'191.602.00), precios reajustables, valor que resulta de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios que aparecen en la lista de cantidades y precios anexa a este contrato.

(...)

“CLÁUSULA SEXTA: APLICACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES Y DEL ESTATUTO CONTRACTUAL. Todas las cláusulas de la minuta del pliego de condiciones y de las demás estipulaciones del mismo, sus adendos y la propuesta, se entienden incorporados a este contrato, al igual que la normas del Estatuto Contractual de las Empresas, en cuanto sean aplicables en un caso determinado (folios 188 y 190 cuaderno No. 1).

Por su parte, en el pliego de condiciones se fijaron los siguientes parámetros:

“PARTE 2

“MINUTA DEL CONTRATO

“CLÁUSULA SEGUNDA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO:

Los siguientes son los documentos del contrato y a él se consideran incorporados:

“El contrato, que tiene prioridad sobre cualquier otro documento.

“El pliego de condiciones y las especificaciones incluyendo los adendos mediante los cuales se modificaron, aclararon o adicionaron.

“La propuesta en las partes aceptadas por EL CONTRATISTA aprobadas por LAS EMPRESAS

“Las actas de modificación bilateral que sean suscritas entre LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA en desarrollo del contrato”.

“CLÁUSULA DECIMA PRIMERA: VALOR DEL CONTRATO...

“Cuando sea necesario aumentar el valor estimado del contrato y no se trate del reajuste de los precios acordados, será necesario suscribir entre LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA un acta de modificación bilateral cuyo valor no podrá exceder la mitad del valor del contrato original pactado”.

“PARTE 3

“CONDICIONES GENERALES

“3.10. ACTAS DE MODIFICACIÓN BILATERAL

“Cuando haya necesidad de modificar el plazo o pactar precios o ambos y no se trate del reajuste de precios previsto en el contrato, se suscribirán actas de modificación bilateral cuyos valores adicionados no podrán exceder la mitad de la cuantía del valor original del contrato.

“Las adiciones relacionadas con el valor y el plazo quedarán perfeccionadas una vez suscrita el acta de modificación bilateral y aprobadas las garantías correspondientes por la División Jurídica de LAS EMPRESAS.

“En las actas de modificación bilateral en ningún caso podrá modificarse el objeto del contrato, ni prorrogarse el plazo si está vencido, ni pactarse prórrogas automáticas.

“Las actas de modificación bilateral deberán ser suscritas por el Gerente Auxiliar respectivo de LAS EMPRESAS y el contratista previo el visto bueno de la División Jurídica de LAS EMPRESAS. El contratista deberá pagar el impuesto de timbre correspondiente al valor en que se incrementa el contrato”.
(Anexo 1 marcado con el no. 4)

3.3. Ahora, en relación la ejecución del contrato y la transacción suscrita por las partes, y actuaciones posteriores, está demostrado que:

3.3.1. Mediante el acta modificación bilateral No. 1, suscrita por EPM el 31 de octubre de 1994 y por el contratista el 2 de diciembre siguiente, las partes acordaron la ejecución de una obra extra por valor de (\$ 10'919.858.40). Ahora, dicha acta fue suscrita por Germán Alvarado Acevedo en calidad de representante legal de Ingenieros Constructores Gayco S.A., y por Fernando Loboguerrero en representación de Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A. (folios 225 y 226 cuaderno No. 1).

3.3.2. En razón de las dificultades para la explotación de las fuentes de materiales, y a la calidad y cantidad contenidas en ellas, fue necesario suscribir el acta de modificación bilateral No. 2, que tenía por objeto adicionar, suprimir y modificar ítems del contrato. Esta acta fue suscrita el 16 de enero de 1995 por Las Empresas y el 20 de enero de por el contratista, representado por Germán Alvarado Acevedo en calidad de representante legal de Ingenieros Constructores Gayco S.A., y por Fernando Loboguerrero en representación de Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A. (folios 238 a 244 cuaderno No. 1). El valor de dicho acto ascendió, según la cláusula tercera, a \$ 102'303.945.00.

3.3.3. Posteriormente, ante las reiteradas solicitudes del contratista a E.P.M. al mantenerse las condiciones de las fuentes de materiales que impedían una correcta ejecución del contrato y por lo tanto un sobre costo por mayor permanencia en la obra y gastos de transporte y otros, se llegó a un acuerdo entre la entidad y el contratista que dio al traste con la suscripción del acta No. 3,

que se denominó de transacción y modificación bilateral No. 3. Por su trascendencia se transcribirán textualmente las cláusulas más importantes. Es así como en relación a los antecedentes que llevaron a la suscripción del acta No. 3, se señaló en la cláusula primera:

“Las partes del presente asunto contrato han acordado efectuar las siguientes modificaciones: **PRIMERA: Antecedentes:** a) Dentro de los pliegos de condiciones, en el apéndice No. 5 ‘fuentes de materiales para la construcción’, se entregó la información correspondiente a las fuentes de materiales La Leona y el tapón, de donde se extraerían los materiales para los afirmados, la sub-base, la base y los agregados para el pavimento. Igualmente, se preveía la posibilidad de utilizar dichas fuentes para obtener el material para los concretos y los filtros y la utilización de los materiales procedentes de las excavaciones de roca en la carretera para obtener por trituración los agregados para la base y la carpeta asfáltica. De los apiques ejecutados por el diseñador y de las proyecciones estadísticas se consideraba que existía el material en dichas playas. Durante la etapa de ejecución, las fuentes empezaron a mostrar unos mayores contenidos de arena a los encontrados en las exploraciones realizadas en la etapa de diseño y una reducción en el porcentaje de gruesos, lo que obligó a una modificación en la estructura de pavimento, para utilizar en mayor escala la arena y dejar los gruesos para la carpeta. Igualmente se dio la circunstancia que durante la excavación de la vía la roca fue muy escasa, obligando a buscar otras fuentes de materiales para suplir las necesidades de los materiales faltantes. Fue así como se acordó explotar la fuente de materiales La Isla y Tenche, estando la primera dentro del área del proyecto y la segunda fuera de ella, haciendo necesario pactar, para el segundo caso, precios nuevos de los agregados. Lo anterior, llevó a trastornos en la ejecución del contrato y un desequilibrio en el flujo de fondos, lo cual fue presentado por el contratista el 19 de julio y el 4 de agosto de 1994. **b)** Así mismo, se ha presentado el aumento y disminución de algunas cantidades de las obras contractuales, debido a cambios realizados durante la ejecución, por mejoramientos en el trazado de la vía, cambios en los diseños de la estructura del pavimento. **c)** Igualmente se hace necesario demoler y reconstruir la caseta a borde de vía, propiedad de la Secretaría de Obras Públicas Departamentales, con el fin de poder dar el ancho de banca necesario requerido en los diseños, y de relocalizar algunos postes de energía de propiedad de EADE, distintos a los que se acordaron en el acta de modificación bilateral No. 1, que

interfieren con las excavaciones que ese están realizando en la ampliación de la vía. **d)** Debido a las fuertes lluvias que se han originado en la zona del proyecto en los últimos cuatro (4) meses, los derrumbes que se han producido a lo largo de la vía han paralizado muchas actividades y EL CONTRATISTA ha tenido que dedicar gran parte de su equipo a la remoción de dicho material, lo que ha implicado el retraso en el programa de las actividades...”.

En cuanto al objeto de la modificación, se pactó:

“**SEGUNDA. Objeto.** Como consecuencia de lo anterior: **a) LAS EMPRESAS Y EL CONTRATISTA** acuerdan nuevos ítems, aumentan, disminuyen y suprimen otros, los cuales se describen en el anexo No. 1 a la presente acta de transacción y de modificación bilateral No. 3. **b) Reconocimiento. LAS EMPRESAS** acuerdan con **EL CONTRATISTA** un reconocimiento por un valor de trescientos millones de pesos (\$ 300.000.000.00), por concepto de costos no resarcidos por la inactividad de los equipos, mayores costos administrativos por la menor facturación, por los mayores costos de personal no previstos y por los mayores costos de explotación y transporte desde las nuevas fuentes de materiales, discriminados así: Treinta y ocho millones ciento cuarenta y ocho mil pesos m.l. (\$ 38.148.000.00), por inactividad de los equipos;: (sic) ciento treinta y cinco millones doscientos ochenta y un mil novecientos treinta y cuatro pesos m.l. (\$135.281.934.00), por costos administrativos y ciento veintiséis millones quinientos setenta mil sesenta y seis pesos m.l. (\$ 126.570.076.00), por costos de explotación y transporte desde las nuevas fuentes de materiales. **PARÁGRAFO.** Los ítems nuevos y los que aumentan se reajustaran con base en el mes de origen del contrato, esto es, julio de 1993”.

Sobre el valor del negocio que significaría la disminución del valor del contrato original, se estipuló:

“**CUARTA: Valor.** Por lo pactado en la presente acta, el valor del contrato se disminuye en la suma de doscientos setenta y nueve millones seiscientos setenta y seis mil ciento veinte pesos m.l. (\$ 279.676.120.00), de acuerdo con el siguiente detalle: a) Valor ítems que se suprimen y disminuyen, por la suma de mil ciento treinta y nueve millones noventa y ocho mil seiscientos sesenta pesos m.l. (\$ 1.139'098.660.00). b) Valor

ítems nuevos y que aumentan, por la suma de quinientos cincuenta y nueve millones cuatrocientos veintidós mil quinientos cuarenta pesos m.l (\$ 559.422.540.00) y c) Valor del reconocimiento por la suma de trescientos millones de pesos m.l. (\$ 300.000.000.00)”.

Y en la cláusula séptima se pactó:

“SÉPTIMA: Exoneración de responsabilidades. EL CONTRATISTA declara que con lo pactado en la presente acta de transacción y de modificación bilateral No. 3, se cubren todos los costos directos e indirectos, incluyendo la administración, los imprevistos y las utilidades, por lo tanto, con el pago de los mismos, **LAS EMPRESAS** quedan a paz y salvo con **EL CONTRATISTA** por todos estos conceptos, y éste renuncia a ejercer cualquier acción o reclamación en contra de **LAS EMPRESAS** como consecuencia de lo convenido en el presente documento. Igualmente, **EL CONTRATISTA** exonera de toda responsabilidad a **LAS EMPRESAS** por los conceptos derivados de las modificaciones introducidas al contrato y por lo tanto, renuncia a ejercer cualquier acción o reclamación en contra de **LAS EMPRESAS** y a solicitar reconocimiento de indemnización por parte de **LAS EMPRESAS** como consecuencia de lo convenido en el presente documento, incluida la disminución de algunos ítems del contrato”. (folio 230 a 233 cuaderno No. 1).

La anterior acta fue suscrita por Germán Alvarado Lince⁴ actuando como representante legal de Ingenieros Constructores Gayco S.A. y por Fernando Loboguerrero como gerente de Murillo, Loboguerrero Ingenieros S.A.⁵ (folio 233 cuaderno No. 1).

Asimismo, es pertinente advertir que al momento de suscribir el acta, el contratista no formuló ninguna objeción en relación a las cláusulas pactadas en la misma, ni dejó constancia de ninguna salvedad o inconformidad.

⁴ De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal visible a folio 93 del cuaderno No. 1, para la fecha en que se suscribió el acta de transacción y modificación bilateral No. 3, el Presidente de la sociedad Ingenieros Constructores Gayco S.A. era el señor Germán Alberto Alvarado Acevedo y el suplente del presidente era, Germán Antonio Alvarado Lince.

⁵ Por su parte, el certificado de existencia y representación legal de Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A. (folio 88 cuaderno No. 1) indica que para la fecha de suscripción del acta No. 3 el gerente era el señor Fernando Lobo Guerrero Osorio.

3.3.4. A continuación, se suscribió el acta de modificación bilateral No. 4, en la que se consignaron como antecedentes:

“PRIMERA: Antecedentes. Para la cabal terminación del objeto del contrato, y de acuerdo con lo establecido en la cláusula décima de la minuta del mismo, contenida en el pliego de condiciones, se hace necesario formalizar el pago resultante del acuerdo con EL CONTRATISTA por concepto de las modificaciones sobre algunos de los ítems inicialmente convenidos y de obra adicional basados en razones justificables para LAS EMPRESAS. Igualmente se dio la necesidad de legalizar nuevamente algunos ítems del contrato que habían sido suprimidos en las actas de modificación bilateral Nros. 2 y 3 y que se requieren para la correcta terminación de las obras”.

Sobre el objeto se estipuló:

“SEGUNDA: Objeto. Como consecuencia de lo anterior, LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA acuerdan nuevos ítems y aumento y disminución de otros, los cuales se describen en el anexo No. 1 a la presente acta de modificación bilateral”.

Y sobre el valor se estableció:

“TERCERA: Valor. El valor de la presente acta de modificación bilateral No. 4 asciende a la suma de setecientos setenta y nueve millones trescientos noventa y nueve mil seiscientos cuarenta y un pesos con sesenta y cinco centavos m.l. (\$ 779.399.641.65) **PARÁGRAFO:** Los ítems nuevos y los que se aumentan se reajustarán con base en el mes de origen del contrato, esto es julio de 1993. **CUARTA: Plazo.** LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA acuerdan que por la ampliación del valor del contrato el plazo no se modifica”.

En cuanto a la exoneración de responsabilidad, acordaron:

“SEXTA: Exoneración de responsabilidades. EL CONTRATISTA declara que con lo pactado en la presente acta de modificación bilateral No. 4, se cubren todos los costos directos e indirectos, incluyendo la administración, los imprevistos y las utilidades, por lo tanto con el pago de los mismos, LAS EMPRESAS quedan a paz y salvo con EL CONTRATISTA por todos estos conceptos y éste renuncia a ejercer cualquier acción o reclamación en contra de LAS EMPRESAS y a solicitar reconocimiento de indemnización por parte de LAS EMPRESAS como consecuencia de lo convenido

en la presente acta de modificación bilateral. EL CONTRATISTA renuncia a ejercer cualquier reclamación en contra de LAS EMPRESAS o a solicitar mayor ampliación en el plazo de ejecución por los sobrecostos financieros que se generen por el aumento en las cantidades de obra de la presente acta de modificación bilateral y por lo tanto no hará ninguna reclamación, ni exigirá ningún pago adicional por la mayor permanencia que se pueda causar”.

Finalmente, en cuanto a la validez y vigencia de las modificaciones bilaterales 1, 2 y 3, y del contrato original, se estipuló:

“SÉPTIMA: Vigencia del contrato original y de las actas de modificación bilateral números 1,2 y 3. Siguen vigentes en su integridad todas las cláusulas del contrato original y de las actas de modificación bilateral...”. (Folios 211 y 212 cuaderno No. 1).

Ahora, se advierte que esta acta fue suscrita por Germán Alvarado Acevedo⁶ en representación de Ingenieros Constructores S.A. y por Fernando Loboguerrero por en representación de Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A. (folio 212 cuaderno No. 1).

3.4. Finalmente, de folio 480 a 501 del cuaderno No. 1, obra la Resolución 79019 del 15 de diciembre de 1997, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 69218 del 26 de junio de 1997, mediante la cual Empresas Públicas de Medellín liquidó unilateralmente el contrato de obra pública 9/DJ -777/86, celebrado con el Consorcio Ingenieros Constructores Gayco S.A. y Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A.

4. De conformidad con las pruebas que se acaban de analizar, está demostrado que las Empresas Públicas de Medellín y el Consorcio Ingenieros Constructores Gayco S.A. y Murillo, Loboguerrero Ingenieros S.A., celebraron el contrato de obra pública n.º 9/DJ-777/86, cuyo objeto fue la adecuación y pavimentación de las carreteras entre Porcesito y Las Violetas y Las Violetas y La Draga y todos los demás trabajos complementarios que sean necesarios para su completa,

⁶ Fungiendo como Presidente de la sociedad de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal visible a folio 93 y siguientes del cuaderno No. 1.

cabal y adecuada realización, Grupos I y II. Durante la ejecución del contrato se presentaron discrepancias en relación a varios temas, algunos de ellos de orden técnico, administrativo y económico.

Ahora bien, el eje central de la discusión que se dio entre las partes durante la ejecución del contrato y en el proceso que hoy ocupa la atención de la Sala, gira en torno a las fuentes de materiales proporcionadas por las Empresas y que causó trastornos en la ejecución del contrato y un desequilibrio en el flujo de fondos. De un lado, el demandante considera que lo pactado en el acta de transacción y modificación bilateral No. 3 y el acta de modificación bilateral No. 4, en las que se decidió sobre los mayores costos por la explotación de nuevas fuentes de materiales le era inoponible, comoquiera que las personas que suscribieron en nombre de las sociedades que integraban el Consorcio, no tenían la capacidad para comprometer la voluntad de éstas en consideración a las restricciones estatutarias para la celebración de contratos que superaran determinada cuantía; y del otro, E.P.M. que aduce que los mayores costos reclamados fueron cubiertos y cancelados mediante las actas de modificación bilateral No. 3 y 4, y que las personas que las suscribieron sí tenían capacidad para representar los intereses de las sociedades.

De acuerdo con lo anterior, es necesario determinar si en el acuerdo que alcanzaron las partes al suscribir en las actas de modificación bilateral No. 3 y 4, le son inoponibles a las sociedades que conforman el Consorcio demandante, o si por el contrario, como lo afirma el demandado, los representantes o administradores de las sociedades sí tenían competencia para firmar esas modificaciones y por lo tanto le son oponibles.

Desde ya se anuncia que para la Sala le asiste la razón a E.P.M., cuando señala que las actas de modificación bilateral Nos. 3 y 4 le son oponibles a las sociedades que conformaron el Consorcio demandante y que las diferencias por los mayores costos que reclaman ya fueron resueltas mediante el acuerdo alcanzado en las actas, por las razones que se exponen a continuación:

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal⁷ de Ingenieros Constructores Gayco S.A., visible a folio 94 del cuaderno No. 1, al momento de la suscripción de las actas en cuestión eran representantes legales de la sociedad: *“EL PRESIDENTE, EL GERENTE Y EL DIRECTOR JURÍDICO Y SU SUPLENTE”*. Así, por Escritura Pública No. 2.589 otorgada en la Notaría 30 de Bogotá, el 31 de octubre de 1984, e inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 1º de noviembre de 1984, se nombró como Presidente al señor Germán Alberto Alvarado Acevedo y como su Suplente a Germán Antonio Alvarado Lince. Adicionalmente, éste último también fue designado como Gerente de la sociedad⁸.

Ahora, de acuerdo con los estatutos sociales eran facultades del Presidente: *“El presidente ejercerá todas las funciones propias de la naturaleza de su cargo y en especial, las siguientes: ... 2) **EJECUTAR TODOS LOS ACTOS U OPERACIONES CORRESPONDIENTES AL OBJETO SOCIAL SIN LIMITACIÓN ALGUNA POR NATURALEZA O POR CUANTÍA, 3) AUTORIZAR CON FIRMA TODOS LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS O PRIVADOS QUE DEBAN OTORGARSE EN DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES SOCIALES O EN INTERÉS DE LA SOCIEDAD**”* (destaca la Sala). Por su parte, el Gerente tiene las siguientes: *“LA SOCIEDAD TENDRÁ UN GERENTE CON SU RESPECTIVO SUPLENTE DESIGNADOS POR LA JUNTA DIRECTIVA EN LA MISMA FORMA Y CONDICIONES DEL PRESIDENTE Y SUPLENTE. EL GERENTE AL IGUAL QUE EL PRESIDENTE TENDRÁ LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD CON TODAS LAS FUNCIONES, ATRIBUCIONES Y*

⁷ Código de Comercio. Artículo 117. “La existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la cámara de comercio del domicilio principal, en la que constará el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las reformas del contrato, si las hubiere; el certificado expresará, además la fecha y el número de la providencia por la cual se le concedió permiso de funcionamiento y, en todo caso, la constancia de que la sociedad no se halla disuelta.

“Para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso”. – Negrilla de la Sala-

⁸ Código de Comercio. Artículo 164. “Las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección.

“La simple confirmación o reelección de las personas ya inscritas no requerirá nueva inscripción”.

RESPONSABILIDADES INHERENTES A DICHA REPRESENTACIÓN PERO CON LAS SIGUIENTES LIMITACIONES: REQUERIRÁ AUTORIZACIÓN PREVIA Y EXPRESA DE LA JUNTA DIRECTIVA PARA COMPRAR, VENDER O GRAVAR BIENES CUYO VALOR EXCEDA DE DEL (SIC) EQUIVALENTE A SEISCIENTOS (600) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES Y PARA CELEBRAR CONTRATOS DIFERENTES DE LOS ANTES INDICADOS CUYOS VALORES EXCEDAN DEL EQUIVALENTE A SEIS MIL (6.000) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES”.

De acuerdo con los estatutos de la sociedad Ingenieros Constructores Gayco S.A., el Presidente y su Suplente podían suscribir sin limitación alguna contratos que desarrollaran el objeto de la sociedad. En el caso que ahora tiene oportunidad de estudiar la Sala, el señor Germán Antonio Alvarado Lince, suscribió el acta de transacción y modificación bilateral No. 3, como representante legal de la sociedad Ingenieros y Constructores Gayco S.A., sin manifestar en que condición actuaba, pues en él concurrían dos calidades, la de Suplente del Presidente y de Gerente; en un cargo con facultades plenas para la celebración de cualquier negocio relacionado con el objeto de la sociedad y el otro, con limitaciones referentes al quantum de los negocios a celebrar.

Así las cosas, encuentra la Sala que en aplicación del principio de la buena fe que debe regir las relaciones contractuales⁹, debe entenderse, como en efecto así lo entendió en su momento E.P.M., que el señor Alvarado Lince al suscribir el acta de transacción y modificación bilateral No. 3, actuaba en la condición de Suplente del Presidente, que era el cargo que le concedía mayores prerrogativas para comprometer la voluntad de la sociedad que decía representar, pues desconocerlo sería imputar su propia culpa en la celebración del negocio jurídico, es decir, el desconocimiento de sus propios actos¹⁰.

⁹ Sobre la observancia del principio de buena fe en materia contractual, puede consultarse la sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección “C”, el 10 de septiembre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero, expediente No. 27.648.

¹⁰ Código de Comercio. Artículo 200. “Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

“No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

Recuérdese que se parte de la premisa según la cual existe un conocimiento general de quienes fungen como representantes legales de una sociedad a partir de la inscripción del contrato social en la Cámara de Comercio (certificado de existencia y representación legal), pues es a partir de allí que los terceros conocen de los riesgos relativos a la falta de capacidad de la sociedad. Como en el certificado de existencia y representación legal no se estipuló nada sobre la forma en que tenía que demostrarse la ausencia o incapacidad del Principal para que el Suplente pudiera actuar, debe presumirse que cuando lo hace –como en efecto lo hizo- el Principal no estaba en capacidad de actuar¹¹. Adicionalmente, como tampoco se estipularon restricciones a las facultades del Suplente, se presume que éste gozaba de las mismas atribuciones que de acuerdo con la ley y los estatutos le competían al Presidente¹².

En ese sentido, se reitera, que el señor Alvarado Lince al haber manifestado que actuaba en calidad de representante legal de Ingenieros Constructores Gayco S.A., pero no en que condición -Suplente o Gerente-, debe considerarse que

“En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador”.

“De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

“Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

“Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

¹¹ Nótese por ejemplo como el Suplente del Director Jurídico sí tenía contemplado en los estatutos cuando debía actuar, pues se estableció que aquél lo remplazaría en sus faltas accidentales o absolutas (folio 94 vto cuaderno No. 1).

¹² Código de Comercio. Artículo 196. “La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

“A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

“Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros”. –Resalta la Sala-

actuó en la que le concedía mayor atribuciones para comprometer la voluntad de la sociedad que decía representar.

La anterior previsión encuentra sentido en el artículo 312 del Código de Comercio, según el cual *“delegada la administración a varias personas, sin determinar sus funciones y facultades, se entenderá que podrán ejercer separadamente cualquier acto de administración”*. Lo anterior, aplicable al caso en concreto, si se tiene en cuenta que en los estatutos de la sociedad Ingenieros y Constructores Gayco S.A., se nombró a una misma persona en dos cargos que pueden ejercer la representación legal de la sociedad, sin que se estableciera de manera expresa en qué condiciones podía actuar el Suplente, por lo que debe entenderse que, si bien el señor Alvarado Lince ostentaba la calidad de Gerente, al no haber manifestado en que condición actuaba, debe darse por hecho que lo hizo en ejercicio de aquella que le otorgaba la capacidad suficiente para comprometer la voluntad de la sociedad que representaba¹³.

Ahora bien, en caso de que el anterior supuesto no se hubiese configurado por cuanto el señor Alvarado Lince hubiese manifestado que actuaba en calidad de Gerente de la sociedad, la Sala advierte que la actuación de éste fue convalidada por Germán Alvarado Acevedo (Presidente), al suscribir el acta de modificación bilateral No. 4, en la que ratificó de manera expresa la vigencia del contrato original y de las actas de modificación bilateral No. 1, 2 y 3. Al respecto, en la cláusula séptima del acta No. 4 se estipuló: ***“Vigencia del contrato original y de las actas de modificación bilateral números 1, 2 y 3. Siguen vigentes en su integridad todas las cláusulas del contrato original y de las actas de modificación bilateral Nos. 1, 2 y 3 que no se modifiquen por la presente acta de modificación bilateral”***. –Folio 370 cuaderno 1-. En ese sentido, el artículo 307 del Código de Comercio, preceptúa: ***“Art. 307. RESPONSABILIDAD EN OPERACIONES NO AUTORIZADAS. No obstante lo prescrito en el artículo anterior, la sociedad responderá por las operaciones no autorizadas con su firma social en los siguientes casos: 1. Cuando sean ejecutadas o celebradas por los***

¹³ Código de Comercio. Artículo 311. “La representación de la sociedad llevará implícita la facultad de usar la firma social y de celebrar todas las operaciones comprendidas dentro del giro ordinario de los negocios sociales”.

*representantes de la sociedad, correspondan al giro ordinario de los negocios sociales y, por el tenor del título o por las circunstancias del hecho, aparezcan de un modo equívoco contraídas por su cuenta y en su interés, o haya derivado provecho de ellas; 2. **Cuando sean ratificadas expresa o tácitamente por la sociedad y,** 3. Cuando el tercero de buena fe prueba que la sociedad ha cumplido voluntariamente otras obligaciones contraídas de modo semejante". – Destaca la Sala-*

Visto lo anterior, contrario a lo afirmado en la demanda, se tiene que la actuación de Germán Antonio Alvarado Lince no desbordó su capacidad para comprometer la voluntad de la sociedad que representaba y en caso de que se llegará a una conclusión diferente, su actuación fue convalidada por el mismo Presidente, Germán Alvarado Acevedo con la suscripción del acta de modificación bilateral No. 4, quien según los estatutos societarios podía celebrar contratos sin limitación alguna.

Seguidamente, en cuanto a la capacidad de Murillo, Loboguerrero Ingenieros S.A., quien estuvo representada por el señor Fernando Loboguerrero Osorio, se tiene que el certificado de existencia y representación legal visible a folios 90 y siguientes del cuaderno No. 1, demuestra que el representante legal de la sociedad era el Gerente y como tal, fue nombrado el señor Fernando Loboguerrero Osorio mediante acta No. 164 de la Junta Directiva del 27 de abril de 1989, inscrita el 9 de mayo de 1989 bajo el número 264058.

En cuanto a las facultades del Gerente, en el contrato social registrado, se estableció: "A- EJECUTAR LOS DECRETOS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS Y LOS ACUERDOS DE LA JUNTA DIRECTIVA ... D- EJECUTAR LOS ACTOS O CELEBRAR LOS CONTRATOS QUE TIENDEN A LLENAR LOS FINES SOCIALES, SOMETIENDO PREVIAMENTE A LA CONSIDERACIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS Y A LA JUNTA DIRECTIVA LOS QUE POR SU NATURALEZA O CUANTÍA LE COMPETEN... G- CELEBRAR ACTOS Y CONTRATOS CUYA CUANTÍA NO

EXCEDA DE DOS MIL (2.000) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES...” – Folio 901 cuaderno 1-

En ese sentido, se advierte que el representante legal de Murillo, Loboguerrero Ingenieros S.A., tenía un límite para la celebración de contratos (2.000 salarios mínimos legales), lo que en principio acarrearía la inoponibilidad de los actos por él suscritos que superaran dicho monto y de los cuales no haya obtenido autorización por la Junta Directiva o Asamblea General. No obstante, de los medios probatorios allegados al proceso, se encuentra acreditado que la Junta Directiva de la sociedad mediante acta No. 243 del 6 de julio de 1993, autorizó a su Gerente (Fernando Loboguerrero Osorio), para *“que en nombre de la sociedad suscriba conjuntamente todos los documentos de la propuesta y en caso de que seamos favorecidos en la adjudicación de estos proyectos, firme los documentos pertinentes a la legalización de los respectivos contratos”*¹⁴. –folio 96 cuaderno. 1-

Con fundamento en esta acta, el señor Fernando Loboguerrero suscribió conjuntamente con el representante legal de Gayco S.A. el contrato 9/DJ -77/86, cuyo valor era de seis mil doscientos treinta y dos millones ciento noventa y un mil seiscientos dos pesos colombianos (\$ 6.232'191.602.00). Así, al firmar en representación de la sociedad Murillo Loboguerrero Ingenieros S.A. las actas de modificación bilateral No. 3 y 4, no excedió las facultades que tenía según los

¹⁴ El contenido del acta es el siguiente: En la ciudad de Santafé de Bogotá D.C., el día 6 de julio de 1993, siendo las 6:00 pm, se reunieron los miembros de la Junta Directiva de MURILLO –LOBOGUERRERO INGENIEROS S.A., en las oficinas de la Sociedad situadas en la carrera 10 no. 90 – 44, junta que fue convocada por el Gerente de la Sociedad, de acuerdo con los estatutos sociales...Manifestó el presidente que el objeto de la reunión es el de llevar a cabo la Junta Directiva citada por el Gerente de la Sociedad en la cual se desarrollará el siguiente orden del día... El Doctor CARLOS ROBERTO RAMÍREZ VÉLEZ, informó que LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN han abierto la Licitación P2-E14 para las obras de infraestructura, construcción y adecuación de carreteras de la etapa 2 del PROYECTO HIDROELECTRICO PORCE II- Grupo I y II y que es interés de la Compañía participar en esas licitaciones.

“A su vez presenta la siguiente propuesta:

“AUTORIZAR AL GERENTE DE LA SOCIEDAD DOCTOR FERNANDO LOBOGUERRERO OSORIO, para que forme un Consorcio con la firma GAYCO S.A. – INGENIEROS CONSTRUCTORES – con el fin de participar conjuntamente en la preparación, elaboración y presentación de la propuesta ante las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN de acuerdo a los pliegos de la Licitación P2-E14.

“Igualmente autorizarlo para que en nombre de la Sociedad suscriba conjuntamente todos los documentos de la propuesta y en caso de que seamos favorecidos en la adjudicación de estos proyectos, firme los documentos pertinentes a la legalización de los respectivos contratos.

“La junta directiva aprobó por unanimidad la anterior propuesta”. – Destaca la Sala-

estatutos societarios, pues estas actas conforme a las estipulaciones del pliego de peticiones que regía la licitación pública y la minuta del contrato, hacían parte del contrato principal, por lo que la autorización otorgada por la Junta Directiva mediante el acta No. 243 del 6 de julio de 1993, para celebrar el contrato principal resultaba suficiente para poder suscribir las actas de modificación bilateral y comprometer la responsabilidad de la sociedad demandante.

Ahora bien, en el supuesto de que dichas actas se entendieran como contratos nuevos o documentos que no hacían parte del contrato tal y como lo manifiesta el apelante, en gracia de discusión, la Sala advierte que el valor de dichas actas no supera el límite establecido en los estatutos para la celebración de contratos sin autorización de la Junta Directiva, pues contrario a lo que afirmó el demandante, el monto del acta de transacción y modificación bilateral No. 3, si bien superaba la cuantía a la que estaba autorizado para la celebración de contratos (2.000 salarios), toda vez que el valor de dicha acta ascendió a \$ 279'676.120., este monto se divide según la participación en el consorcio (folio 332 cuaderno No. 1), que era del 40 % sobre los derechos y obligaciones derivados del contrato, correspondiéndole la suma de \$ 111'870.448; valor que no superaba el establecido en los estatutos para poder celebrar contratos sin autorización de la Junta Directiva, de acuerdo con el salario mínimo legal vigente al momento de celebración del acta de transacción.

Por otro lado, debe aclararse, que el hecho de que en el acta se hubiera discriminado los valores que se reconocieron (\$ 300'000.000); que se disminuyeron (\$ 1.139'098.660), y los que se aumentaron (\$ 559'422.540), no significa como lo manifestó el demandante que aquellos comporten negocios jurídicos autónomos, toda vez que el objeto de dicha acta era modificar bilateralmente el contrato principal, lo que conllevó a una disminución del valor del contrato inicial en \$ 279'.676.120.

En ese sentido y teniendo en cuenta que las dos sociedades estuvieron representadas por sus representantes legales de acuerdo a lo expuesto en párrafos anteriores pues no se demostró la falta de capacidad de ninguno de sus

administradores, contrario a lo afirmado en la demanda, las actas bilaterales Nos. 3 y 4, le pusieron fin a las reclamaciones formuladas por el contratista con ocasión de los mayores costos por mayor permanencia y obras extras ejecutadas, pues E.P.M. se comprometió a pagar al demandante la suma de \$ 300'000.000, acuerdo frente al cual el demandante no formuló ninguna objeción o dejó constancia de alguna salvedad.

En consecuencia, no cabe duda de que el acuerdo contenido en el acta bilateral No. 3, que fuere rarificado mediante el acta bilateral No. 4, constituye una verdadera transacción que impide abordar el objeto litigioso, comoquiera que en aquella ocasión ya se discutieron y zanjaron los mismos hechos que hoy son objeto de demanda.

En efecto, el contrato de transacción es una forma de evitar un litigio o de acabar con uno que ya ha empezado, de conformidad con el artículo 2469 del Código Civil. En ese sentido, implica un acto de disposición, porque en ella cada una de las partes cede una porción del derecho que cree tener.

Al respecto, el procesalista Hernando Devis Echandía considera:

“Como todo contrato, solo puede celebrarlo la persona que sea capaz y que además pueda disponer de los objetos comprendidos en la transacción. El mandatario o apoderado extrajudicial no puede transigir sin autorización especial en la cual se especifiquen los bienes, derechos y acciones sobre los cuales se quiera transigir (C.C., arts. 2470 y 2471). Pero es suficiente que en el poder para el proceso se faculte para transigir. Naturalmente, no se puede transigir cuando se trata de derechos irrenunciables o no enajenables, como los de estado civil (C.C., arts. 2473, 2474 y 2477), pero sí sobre los beneficios económicos que de ellos se deduzcan.”¹⁵

Sobre los efectos de la transacción, el artículo 2483 del Código Civil establece que ésta produce el de cosa juzgada en última instancia, aspecto apenas lógico

¹⁵ Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso, tomo I. Sexta Edición. Bogotá, 1978. Pág. 516.

si se tiene en cuenta que la finalidad esencial de esta figura contractual es la terminación o anticipación del proceso judicial. En el mismo sentido, el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil señala que *“el juez aceptará la transacción que se ajuste a las prescripciones sustanciales y declarará terminado el proceso, si se celebró por todas las partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas”*. Analizadas ambas disposiciones en conjunto, se concluye que la transacción producirá efectos de cosa juzgada y dará lugar a la terminación del proceso, siempre y cuando en ella hayan intervenido todas las partes que fungen como demandantes y además, se hayan resuelto todas las cuestiones debatidas, que no es otra cosa que la identidad de causa, objeto y partes. Así se señaló en sentencia proferida por la Sección tercera el 28 de febrero de 2011:

“Es decir, el artículo 2469 del Código Civil le otorga a la transacción el carácter de negocio jurídico extrajudicial, o sea, de acto dispositivo de intereses con efectos jurídicos sustanciales; y de existir un conflicto pendiente entre las partes que lo celebran, con efectos procesales de terminación del respectivo litigio, siempre que se allegue la prueba del mismo para que el juez pueda valorarlo, constatarlo y proceder a finalizar el proceso¹⁶, **en el entendido de que en adelante carece de objeto, porque ya no habría materia para un fallo y de fin, porque lo que se busca con el juicio y la sentencia ya se obtuvo por las propias partes, que, en ejercicio de la autonomía privada, han compuesto o solucionado directamente sus diferencias.**¹⁷ -Negrillas de la Sala-

“En suma, la transacción elimina un litigio presente o futuro, comporta la extinción de obligaciones e implica la determinación de los intereses contrapuestos dando certidumbre a la relación jurídica en disputa, a través de concesiones mutuas. **Por eso, la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia entre las partes,**

¹⁶ Sobre el control jurisdiccional de la transacción ha dicho la Corte Suprema de Justicia: “Para que el acuerdo transaccional sustituya la jurisdicción, porque autocompone el conflicto de intereses, precisa no sólo su ‘ajuste a las prescripciones sustanciales’ sino que la petición cumpla con los requisitos formales que para surtir efectos procesales establece el artículo 340 ibídem, pues no sobra advertir que ellos penden de la aprobación por parte del juez o magistrado. De manera que el juez controla la transacción desde un doble ángulo: como contrato, caso en el cual vela porque él cumpla los requisitos sustanciales, y como medio anormal de ponerle fin al proceso, cuando recae sobre la totalidad de las cuestiones debatidas (pero también cuando es parcial), exigiendo las condiciones formales que para tal acto procesal consagra el artículo 340 ibídem”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Auto de 5 de noviembre de 1996. Exp. 4546.

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de febrero de 1971.

sin perjuicio de que pueda impetrarse la declaración de nulidad o de rescisión, en conformidad con la ley (art. 2483 C.C.).”¹⁸ – Negrillas de la Sala-

En el caso *sub judice*, se reúnen los dos presupuestos, comoquiera que las actas bilateral Nos 3 y 4, fue suscrita por quienes hoy son partes en el proceso de la referencia y además, se refirió a los mismos aspectos que son objeto de debate. Por ende, teniendo en cuenta que al momento de suscribir el acuerdo el demandante no formuló ninguna observación ni salvedad, el juez de lo contencioso administrativo no puede desconocerlo, máxime cuando nada le impedía al accionante rehusarse a suscribir el acta o al menos dejar constancia de alguna inconformidad y no se demostró por ningún medio que hubiera sido constreñido o inducido a firmar el acta, o que su consentimiento estaba viciado, de modo que *“si en pleno uso de sus facultades la demandante otorgó su consentimiento y suscribió el contrato -que libremente hubiera podido rehusar- no puede aceptarse ahora una presunta imposición de condiciones”*¹⁹, pues ello entrañaría un desconocimiento flagrante al principio de buena fe que rige los contratos. En esa línea de pensamiento, si una parte no deja salvedades en el contrato “adicional”, para demostrar que no existió acuerdo total en las condiciones del contrato, y reclama la responsabilidad futura de quien propició la adición o modificación, no podrá luego exigir el pago de perjuicios por la razón que dio lugar al contrato, porque conoció –o debió conocer- la causa y los efectos que producía suscribirlo.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia del 25 de enero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

¹⁸ C.P. Ruth Stella Correa Palacio, expediente No. 28.281.

¹⁹ Sentencia del 18 de enero de 2012, C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz, expediente No. 21.080.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
PRESIDENTA**

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA