contratación enlínea.co
Soluciones jurídicas en línea

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, dos (2) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Magistrado ponente:	**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**
Expediente:	**25000232600020080018801 (51.393)**
Actores:	**RMR CONSTRUCCIONES SA, CONSTRUCTORA AMCO LTDA, GYG, CONSTRUCCIONES LTDA Y ROMUZ Y CIA SA**
Demandado:	**FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE**
Medio de control:	**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**
Temas:	**DESEQUILIBRIO E INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN CONTRATO DE CONSULTORÍA A PRECIO GLOBAL**

Síntesis del caso: entre las partes se suscribió un contrato de consultoría para el diseño de dos establecimientos penitenciarios a precio global; la contratista reclama que incurrió en mayores costos derivados de circunstancias que considera imputables al FONADE a título de desequilibrio e incumplimiento, también alega mora en el pago de una factura y la nulidad de las renuncias a reclamaciones que suscribió. Se confirma la sentencia apelada adversa a las pretensiones toda vez que FONADE se limitó a exigir lo pactado, no incumplió el contrato ni impuso obligaciones de extensión ilimitada.

Sin que se advierta causal de nulidad que invalide la actuación decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 13 de marzo de 2014 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C (Descongestión) resolvió:

> *"PRIMERO. Denegar las pretensiones de la demanda de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO. Sin condena en costas.*
>
> *TERCERO. Ejecutoriada la presente providencia liquídense por Secretaría los gastos del proceso. Devuélvase (sic) los remanentes al interesado. Pasados dos años sin que hubieren sido reclamados, la Secretaría declarará la prescripción a favor de la Rama Judicial."* (fl. 195 cdno. ppal.).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 29 de abril de 2008 las sociedades RMR Construcciones SA, Constructora Amco Ltda y GYG Construcciones Ltda, integrantes del Consorcio Diseños Carcelarios 2005, y Romuz y Cia Ltda1, promovieron demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales con el fin de obtener lo siguiente:

> *"PRETENSIONES*
>
> *Con fundamento en los hechos relatados y en las disposiciones legales que adelante enuncio, solicito al H. Tribunal hacer las siguientes declaraciones y condenas:*
>
> *PRINCIPALES*
>
> *A. Que en la ejecución del Contrato de Consultoría No. 2051457 celebrado el 15 de junio de 2005 con el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO 'FONADE', el CONSORCIO DISEÑOS CARCELARIOS 2005 integrado por las sociedades R.M.R. CONSTRUCCIONES S.A. antes sociedad en comandita simple, CONSTURCTORA AMCO LTDA. y G.Y.G. CONSTRUCCIONES LTDA., incurrió en sobrecostos que no debía asumir y sufrió perjuicios que no debía soportar, debidos a hechos y circunstancias que no le son imputables y al desconocimiento o incumplimiento de la entidad contratante de algunas de sus obligaciones.*
>
> *B. Que los hechos e incumplimientos mencionados en la petición A anterior, impidieron mantener las condiciones iniciales del contrato, afectaron la utilidad prevista y, en fin, alteraron el equilibrio económico y financiero del contrato de consultoría No. 2051457.*
>
> *C. Que, son absolutamente nulas y/o ineficaces las estipulaciones y manifestaciones mediante las cuales el Consorcio Contratista renunció a presentar reclamaciones contra la entidad contratante por sobrecostos y perjuicios originados en la ejecución del contrato de consultoría No. 2051457.*
>
> *D. Que, las obligaciones que asumió el consorcio contratista en el contrato y en especial las de atender las quejas y reclamos que sobre los diseños, estudios, presupuestos y especificaciones elaborados le formulara FONADE y de realizar la supervisión arquitectónica (numerales 13 y 24 de la Cláusula sexta del contrato), no comprenden los trabajos que FONADE le ha exigido al contratista con posterioridad a la terminación del contrato de consultoría No. 2051457 que se mencionan en los hechos vigésimo y vigésimo primero de esta demanda y que dichas obligaciones se encuentran limitadas en el tiempo así:*

---

[1] Esta última actúa como cesionaria de créditos en virtud del contrato por medio del cual los integrantes del consorcio le cedieron unos pagos pendientes del contrato (fl. 974 cdno. 2).

La del numeral 13 hasta el 5 de febrero de 2009.
La del numeral 24 hasta el 8 de agosto de 2007, en relación con el Complejo Carcelario de Puerto Triunfo y hasta el 6 de febrero de 2008 en relación con el Complejo Carcelario de Medellín.

E. Que, las sociedades R.M.R. CONSTRUCCIONES S.A. antes sociedad en comandita simple, CONSTRUCTORA AMCO LTDA. y G.Y.G. CONSTRUCCIONES LTDA, integrantes del CONSORCIO DISEÑOS CARCELARIOS 2005, tienen derecho a obtener del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO "FONADE" el reconocimiento y pago de los sobrecostos y perjuicios originados en la ejecución del Contrato de Consultoría No. 2051457.

F. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO 'FONADE' a pagar a las sociedades R.M.R. CONSTRUCCIONES S.A. antes sociedad en comandita simple, CONSTRUCTORA AMCO LTDA. y G.Y.G. CONSTRUCCIONES LTDA, integrantes del CONSORCIO DISEÑOS CARCELARIOS 2005, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, lo siguiente:

1. El valor de cada uno y de todos los sobrecostos y perjuicios que se relacionan en los numerales 1 a 3 inclusive del hecho vigésimo segundo de esta demanda debidamente actualizados, aplicando la indexación correspondiente desde las fechas en que debieron pagarse y hasta la fecha que se señale en la sentencia para su pago.

2. El valor de los intereses a la tasa del 6% anual sobre las sumas actualizadas que resulten de la condena del numeral 1. anterior, desde que debieron pagarse y hasta aquella en que la presente demanda se le notifique al demandado, así como los intereses moratorios sobre las mismas sumas liquidados de conformidad con lo previsto por el numeral 8 del Artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, causados desde la fecha de la mencionada notificación y hasta aquella que se señale en la sentencia para su pago.

G. Que, igualmente como consecuencia de las declaraciones solicitadas se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO 'FONADE' a pagar a la sociedad ROMUZ Y CIA. LTDA. antes Romuz S. en C., en su calidad de cesionaria de los derechos litigiosos que se mencionan en el hecho vigésimo tercero de esta demanda, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, el saldo insoluto del valor de la Factura de Venta No. 0011 que se relaciona en el numeral 4 del hecho vigésimo segundo de esta demanda junto con sus intereses moratorios liquidados de conformidad con lo previsto por el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y el Artículo 1 del Decreto 679 de 1994, causados desde el 15 de junio de 2007 y hasta la fecha que se señale en la sentencia para su pago.

H. Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO 'FONADE' a pagar a las sociedades demandantes, los intereses moratorios comerciales liquidados a la tasa máxima legalmente permitida, sobre el valor de cada una de las condenas que se profieran contra el primero, que se causen desde la fecha señalada

en la sentencia para su pago y hasta aquella en que se efectue (sic) realmente.

I. Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO 'FONADE' al pago de las costas del presente proceso.

SUBSIDIARIAS

A. Que en la ejecución del contrato de consultoría No. 2051457 celebrado el 15 de junio de 2005 con el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO 'FONADE', el CONSORCIO DISEÑOS CARCELARIOS 2005 (…) incurrió en sobrecostos que no debía asumir y sufrió perjuicios que no debía soportar detallados en los hechos consignados en esta demanda debidos a hechos y circunstancias que no le son imputables, desconocimiento o incumplimiento de la entidad contratante de algunas de sus obligaciones contractuales y abusos de esta última en el ejercicio de sus derechos contractuales.

B. Que los hechos mencionados en la petición anterior, impidieron mantener las condiciones iniciales del contrato y, básicamente la equivalencia de las prestaciones recíprocas de las partes haciendo más gravosas las obligaciones a cargo del consorcio contratista.

C. Que, son absolutamente nulas y/o ineficaces las estipulaciones y manifestaciones mediante las cuales el Consorcio Contratista renunció a presentar reclamaciones contra la entidad contratante por sobrecostos y perjuicios originados en la ejecución del contrato de consultoría No. 2051457.

D. Que, las obligaciones que asumió el Consorcio Contratista en el contrato y en especial las de atender las quejas y reclamos que sobre los diseños, estudios, presupuestos y especificaciones elaborados le formulara FONADE, no comprenden los trabajos que FONADE le ha exigido al contratista con posterioridad a la terminación del contrato de consultoría No. 2051457 que se menciona en los hechos vigésimo y vigésimo primero de esta demanda y que dichas obligaciones se encuentran limitadas en el tiempo así:

La del numeral 13 hasta el 5 de febrero de 2009
La del numeral 24 hasta el 8 de agosto de 2007, en relación con el Complejo Carcelario de Puerto Triunfo y hasta el 6 de febrero de 2008 en relación con el Complejo Carcelario de Medellín.

E. Que, las sociedades R.M.R. CONSTRUCCIONES S.A. antes sociedad en comandita simple, CONSTRUCTORA AMCO LTDA. y G.Y.G. CONSTRUCCIONES LTDA, integrantes del CONSORCIO DISEÑOS CARCELARIOS 2005, tienen derecho a obtener del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO "FONADE" el reconocimiento y pago de los sobrecostos y perjuicios originados en la ejecución del Contrato de Consultoría No. 2051457.

E. Que, las sociedades R.M.R. CONSTRUCCIONES S.A. antes sociedad en comandita simple, CONSTRUCTORA AMCO LTDA. y G.Y.G. CONSTRUCCIONES LTDA, integrantes del CONSORCIO DISEÑOS CARCELARIOS 2005, tienen derecho a obtener del FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO "FONADE" el

reconocimiento y pago de los sobrecostos y perjuicios originados en la ejecución del Contrato de Consultoría No. 2051457.

F. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO 'FONADE' a pagar a las sociedades R.M.R. CONSTRUCCIONES S.A. antes sociedad en comandita simple, CONSTRUCTORA AMCO LTDA. y G.Y.G. CONSTRUCCIONES LTDA, integrantes del CONSORCIO DISEÑOS CARCELARIOS 2005, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, lo siguiente:

1. El valor de cada uno y de todos los sobrecostos y perjuicios que se relacionan en los numerales 1 a 3 inclusive del hecho vigésimo segundo de esta demanda debidamente actualizados, aplicando la indexación correspondiente desde las fechas en que debieron pagarse y hasta la fecha que se señale en la sentencia para su pago.

2. El valor de los intereses a la tasa del 6% anual sobre las sumas actualizadas que resulten de la condena del numera 1. anterior, desde que debieron pagarse y hasta aquella en que la presente demanda se le notifique al demandado, así como los intereses moratorios sobre las mismas sumas liquidados de conformidad con lo previsto por el numeral 8 del Artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 679 de 1994, causados desde la fecha de la mencionada notificación y hasta aquella que se señale en la sentencia para su pago, liquidados a la tasa máxima legal permitida.

2a. En subsidio de la petición 2 anterior, que se condene a FONADE al pago del valor de los intereses bancarios corrientes sobre las sumas que resulten a su cargo por concepto de los sobrecostos y perjuicios mencionados en el ordinal F.1. anterior, causados desde las fechas en que debieron pagarse y hasta la fecha en que se señale en la sentencia para su pago.

2b. En subsidio de la petición 2a anterior, que se condene a FONADE al pago del valor de la actualización (indexación) de las sumas que resulten a su cargo por concepto de los sobrecostos y perjuicios mencionados en el ordinal F.1. anterior, causada entre las fechas en que debieron pagarse y aquella que se señale en la sentencia para su pago.

G. Que, igualmente como consecuencia de las declaraciones solicitadas se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO 'FONADE' a pagar a la sociedad ROMUZ Y CIA. LTDA. antes Romuz S. en C., en su calidad de cesionaria de los derechos litigiosos que se mencionan en el hecho vigésimo tercero de esta demanda, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, el saldo insoluto del valor de la Factura de Venta No. 0011 que se relaciona en el numeral 4 del hecho vigésimo segundo de esta demanda junto con sus intereses moratorios liquidados de conformidad con lo previsto por el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y el Artículo 1 del Decreto 679 de 1994, causados desde el 15 de junio de 2007 y hasta la fecha que se señale en la sentencia para su pago.

> *H. Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO 'FONADE' a pagar a las sociedades demandantes, los intereses moratorios comerciales liquidados a la tasa máxima legalmente permitida, sobre el valor de cada una de las condenas que se profieran contra el primero, que se causen desde la fecha señalada en la sentencia para su pago y hasta aquella en que se efectue (sic) realmente.*
>
> *I. Que se condene al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO 'FONADE' al pago de las costas del presente proceso* (mayúsculas fijas originales, fl. 7 – 10 cdno. 1).

Como fundamento fáctico de las pretensiones narró que la Nación – Ministerio del Interior y de Justicia celebró el convenio no. 194121 con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE en desarrollo del cual este escogió al contratista previa invitación pública y suscribió el contrato de consultoría no. 2051457 con el Consorcio Diseños Carcelarios 2005 quien, se obligó a elaborar los estudios y diseños de preinversión para la construcción de los complejos penitenciarios de Puerto Triunfo (mínima y mediana seguridad) y Medellín (mediana y alta seguridad) por un valor global fijo de $1.640.945.145,60 y con un plazo de seis meses contados desde el 5 de agosto de 2005 cuando se suscribió el acta de inicio.

Durante la ejecución se presentaron las siguientes circunstancias no imputables al contratista que generaron sobrecostos: *(i)* modificación de la fuente de agua potable prevista para el complejo carcelario de Puerto Triunfo, *(ii)* mayores cantidades de áreas a diseñar en el equivalente a 23.963,91 m^2, *(iii)* exigencia de FONADE de elaboración y entrega de planos y licencias adicionales no contemplados en el contrato y, *(iv)* acompañamiento técnico permanente durante la ejecución de las obras diseñadas que no estaba pactado. El FONADE remitió al contratista un documento denominado "prórroga no. 1" con la finalidad de extender el tiempo y el alcance de las obligaciones contractuales pero el consorcio se negó a suscribirlo.

Además, FONADE incurrió en mora en el pago de la factura de venta no. 011 correspondiente a la última cuenta de cobro por valor de $164.094.514,56 que debía pagarse el 18 de junio de 2006 y se pagó, tardíamente, el 14 de junio de 2007; el 30 de diciembre de 2005 las demandantes cedieron a Romuz y Cia Ltda

los pagos pendientes por parte de la contratante y le notificaron a FONADE el día siguiente.

2. Contestación de la demanda

En la oportunidad legal el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE se opuso a la prosperidad de las pretensiones (fl. 30 cdno. 1) con el siguiente fundamento:

1) Aunque en las reglas de participación en el proceso de selección se mencionaban unas áreas el documento dejaba claro que el área final sería la resultante de los ajustes y requerimientos del proyecto y esos mayores o menores valores no alterarían el valor final del contrato; en el contrato se incluyó similar estipulación de acuerdo con la cual las indicaciones de áreas eran un parámetro para establecer la magnitud del proyecto a diseñar pero, las mayores o menores áreas no alterarían el valor a reconocer, así las cosas, aunque las cantidades diseñadas variaron ello no otorga derechos económicos al contratista adicionales a los acordados.

2) Es cierto que en las reglas de participación del proceso de selección se consideró como posible fuente de suministro de agua potable el nacimiento ubicado en el predio “La Perla” pero, el diseño definitivo dependía de la aprobación por parte de la empresa de servicios públicos; el alcance del contrato incluía analizar la capacidad y calidad de las fuentes de agua y obtener las aprobaciones correspondientes para luego diseñar.

3) Los diseños se contrataron a precio global y el formato con relación de costos solo tenía como finalidad establecer si se ejecutaban actividades no previstas.

4) El no pago de la factura 011 obedeció a razones imputables al consorcio toda vez que no obtuvo la licencia de demolición del predio “La Teresita”, es decir, no había cumplido las condiciones para el pago previstas en el literal f) de la cláusula tercera del contrato; en comunicación del 14 de marzo de 2007 el contratista renunció a reclamar intereses de mora sobre esa cuenta siempre que se le pagara antes del 14 de abril de 2007.

5) Los requerimientos posteriores a la ejecución realizados por el FONADE al contratista tienen sustento contractual debido a que el consorcio se obligó a realizar todas las actividades necesarias para la aprobación y de los diseños y la obtención de los permisos necesarios para hacer posible la ejecución de las obras; las inconsistencias en los diseños debían ser corregidas por cuenta del contratista.

6) La supervisión arquitectónica sobre el cumplimiento de los diseños por parte del ejecutor de la obra hacía parte de lo contratado.

7) El régimen jurídico del contrato es de derecho privado por cuanto FONADE está excluido de la aplicación de la Ley 80 de 1993.

Formuló las siguientes excepciones:

(i) Contrato no cumplido: no se pagó la factura no. 011 cuando fue presentada porque el contrato permitía retener el 10% del valor del contrato hasta la entrega de las licencias y permisos así como de la aprobación de los proyectos técnicos; *(ii) no están viciadas de nulidad ni son ineficaces algunas cláusulas contractuales*: la demanda no indica el fundamento legal de esa presunta ineficacia y las estipulaciones fueron conocidas siempre por el consorcio; *(iii) inexistencia de trabajos adicionales ordenados por FONADE al consultor*: no es cierto que se hubieran exigido actividades no pactadas y, *(iv) inexistencia de circunstancias extraordinarias o imprevisibles posteriores a la celebración del contrato:* el consultor sabía que las áreas de los proyectos podían variar y las fuentes de agua dependían del análisis a cargo del consorcio durante la ejecución del proyecto.

3. La sentencia apelada

En sentencia de 13 de marzo de 2014 (fl. 178 cdno. ppal.) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C de Descongestión desestimó las pretensiones con base en lo siguiente:

1) El contrato es de derecho privado y no le es aplicable la Ley 80 de 1993 por disposición del artículo 32 del mismo ordenamiento y del manual de contratación de la entidad; el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007 (estatuto de contratación estatal) no es aplicable debido a que los contratos fueron anteriores a su expedición.

2) No hubo incumplimiento de FONADE, pues, si bien el contratista entregó los diseños dentro del plazo contractual, estos no cumplían con las exigencias y por ende el contratista se vio precisado a realizar los ajustes y correcciones correspondientes.

3) No hay prueba de la variación de las áreas finalmente diseñadas y las diferencias de áreas no generaban variación del precio ni daban lugar a reconocimientos económicos en favor del contratista.

4) El consorcio no acreditó los costos del cambio en la fuente hídrica.

5) El contratista conoció las reglas de participación en el proceso de selección y no invocó las normas jurídicas que sirven de fundamento a sus pretensiones de nulidad de las renuncias a reclamaciones; lo probado es que asumió los riesgos previsibles del contrato.

6) El pago de la factura 011 no constituyó incumplimiento ya que el contratista no cumplió las condiciones a las que estaba sometida su exigibilidad.

7) No hubo abuso del derecho por parte de la contratante ni la demandante sustentó ese presunto abuso por lo cual no pueden prosperar las pretensiones subsidiarias.

4. La apelación

La parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fl. 197 cdno. ppal) con el fin de que se revoque la sentencia y se acojan todas las pretensiones para lo cual adujo el siguiente razonamiento:

1) El dictamen pericial rendido en el curso del proceso demuestra los perjuicios derivados del cambio en la fuente hídrica; con apoyo en la oferta y en las reglas de participación fundó sus trabajos en la posibilidad de obtener las aguas del predio “La Perla” y el posterior cambio le generó sobrecostos.

2) También se acreditó el diseño de áreas adicionales a las contratadas toda vez que en la oferta presentada por el consorcio se precisó el área a diseñar y se probó pericialmente que lo ejecutado fue superior.

3) Aceptar el contenido de la cláusula contractual según la cual podían presentarse mayores áreas de diseño sin costo para la entidad implicaría admitir que FONADE podía modificar unilateralmente lo pactado sin remunerar al contratista y vulneraría los artículos 3, 4, 24, 25 y 28 de la Ley 80 de 1993; no es admisible que la administración pueda contratar unos trabajos por una suma global y luego los pueda modificar a su arbitrio sin pagar los trabajos adicionales.

5. Alegatos de conclusión

En la oportunidad para presentar alegaciones finales se pronunció la parte accionante (fl. 215 cdno. ppal.), manifestó que las normas del estatuto de contratación pública son aplicables porque la consultoría contratada no es una actividad financiera ni corresponde al giro ordinario de los negocios de FONADE; por otra parte, insistió en los argumentos planteados en el recurso de alzada y en la demanda, particularmente en las reclamaciones por modificación de la fuente de agua, mayores áreas diseñadas, exigencias adicionales sin soporte contractual y mora en el pago de la factura no. 011.

La parte accionada (fl. 248 cdno. ppal) pidió la confirmación de la decisión apelada con fundamento en que fue el contratista quien incumplió el contrato debido a que entregó los diseños con graves errores tal como lo acreditan los testimonios y documentos aportados; los requerimientos realizados por la entidad no le impusieron obras adicionales sino la ejecución de sus obligaciones contractuales, la corrección de las falencias del producto entregado y el

cumplimiento del deber de ejercer la supervisión arquitectónica durante la ejecución de las obras.

El Ministerio Público propugnó por la confirmación de la sentencia apelada (fl. 253 cdno. ppal.) por considerar que FONADE se limitó a exigir el cumplimiento del contrato que, pactado a precio global, imponía al contratista asumir el costo de los diseños y le prohibía realizar reclamaciones derivadas de ese hecho que siempre conoció; además, el contrato asignaba al consorcio la obtención de los permisos y la aprobación de los diseños, de modo que los ajustes realizados eran parte del objeto del contrato y no trabajos adicionales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Objeto de la controversia

El consorcio reclama que en ejecución del contrato de consultoría no. 2051457 incurrió en mayores costos a los previstos con fundamento en: *(i)* el diseño de mayores áreas a las contratadas, *(ii)* mayores cantidades de obra por variación de la fuente hídrica de uno de los proyectos a diseñar, *(iii)* ejecución de trabajos no pactados derivados de exigencias del FONADE que, a su juicio, excedieron lo pactado; por otra parte, *(iv)* reclama la mora en el pago del saldo final del contrato. El sustento de las pretensiones es el presunto desequilibrio económico y el incumplimiento de la contratante sobre la premisa de que los daños derivaron de circunstancias ajenas al consorcio y constitutivas de *"abusos en el ejercicio de los derechos"* de aquella.

El tribunal de primera instancia analizó el caso desde la perspectiva del incumplimiento y resolvió que lo exigido al contratista fue acorde con lo pactado, fue este quien incumplió sus obligaciones, no probó los presuntos daños y, FONADE no incurrió en prácticas abusivas; en el recurso de apelación se insiste en que el consorcio contratista no estaba llamado a asumir las consecuencias de las variaciones dispuestas por FONADE durante la ejecución del contrato, fueron acreditados los perjuicios que le generaron al consorcio y la interpretación del *a quo* privilegia la imposición de obligaciones de extensión ilimitada.

La Sala confirmará la sentencia apelada[2] toda vez que las prestaciones exigidas por FONADE tenían pleno y preciso respaldo contractual y correspondieron a lo pactado, no fueron desproporcionadas ni constitutivas de exigencias de extensión ilimitada y no hubo incumplimiento atribuible a la parte demandada; el análisis se abordará en dos partes: en la primera, se analizará el régimen jurídico del contrato y su alcance, en la segunda, se referirá la Sala de manera particular a cada una de las reclamaciones de la actora. No se pronunciará sobre la presunta mora en el pago de la factura 011 por cuanto ello fue desestimado por el tribunal y la apelación no cuestionó ese punto, al tiempo que lo alegado al respecto en los alegatos de segunda instancia no puede interpretarse como extensión o alcance de los puntos materia de impugnación.

2. El régimen jurídico del contrato

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 exceptúa de la aplicación del estatuto de contratación estatal a los contratos de las entidades financieras correspondientes al giro ordinario de su objeto social:

> *"PARÁGRAFO 1°. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.".*

Por su parte, la Ley 489 de 1998 dispone que los actos y contratos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, salvo las excepciones legales, se rigen por las normas del derecho privado:

> *"ART. 85.- Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley (…) que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las normas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.*
>
> *(…).*

[2] Antes de analizar el fondo del asunto se verifica que no operó la caducidad de la acción debido a que el plazo contractual (6 meses) transcurrió entre el 5 de agosto de 2005 y el 5 de febrero de 2006 (fl. 808 cdno. 3), el término para liquidarlo era de cuatro meses según la cláusula vigésima primera del contrato (fl. 7 cdno. 9) y venció el 6 de junio de 2006, mientras que la demanda se promovió el 29 de abril de 2008 (fl. 15 cdno. 1), esto es dentro de los dos años siguientes.

> ***ART. 93.- Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica, se sujetarán a las disposiciones del derecho privado.*** *Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales."* (Se destaca).

En ese contexto normativo debe advertirse que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -creado mediante el Decreto 2068 de 1968 y reestructurado por Decreto 2168 de 1992[3]- es una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero cuyo objeto es *"ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo"*, con el siguiente régimen legal:

> *"ART. 12.- Régimen legal. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, se regirá por las disposiciones contenidas en este decreto, por las normas relativas a las empresas industriales y comerciales del Estado, y por sus estatutos".*

En el presente caso consta que la Nación – Ministerio del Interior y de Justicia y el FONADE suscribieron un convenio interadministrativo con el fin de aunar esfuerzos para ejecutar los proyectos relacionados con la infraestructura carcelaria nacional, se pactó que el ministerio aportaría los recursos por valor de $17.905.170.628 para desarrollar los estudios de preinversión para la construcción y dotación de establecimientos de reclusión y, que el FONADE realizaría la gerencia integral de orden técnico, contable, financiero, administrativo, jurídico del proyecto, con obligaciones de resultado, a cambio de una remuneración equivalente al 2.7%, sobre la consideración de que el fondo *"es el agente del Estado que como intermediario independiente, cuenta con la experiencia en la gerencia integral de proyectos".*

---

[3] Decreto 2168 de 1992. *"ARTÍCULO 1º. NOMBRE Y NATURALEZA. Reestructúrase el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, establecimiento público del orden nacional, creado por Decreto 3068 de 1968, en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE - dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación".*

Como se aprecia, FONADE se obligó a administrar y gerenciar de manera integral los recursos mediante la inversión de las sumas entregadas por la Nación, lo cual acompasa con el objeto social antes referido dada su participación como agente en el desarrollo de un proyecto específico, además, en el documento denominado *"Reglas de Participación del Proceso de Selección"* con base en las cuales se contrató la consultoría también se estipuló el régimen jurídico del contrato:

> *"1.5. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO. El presente proceso de selección y los contratos que de él se deriven, se sujetará a la normatividad que regula a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y lo regulado por el Manual de Contratación de FONADE contenido en el Acuerdo 02 del 25 de febrero de 2003 y a lo especialmente previsto en estas reglas de participación. El contenido del manual de contratación puede ser consultado a través de la página WEB de FONADE www.fonade.gov.co."* (mayúsculas fijas originales - fl. 16 cdno. 2).

De conformidad con lo expuesto es claro que el contrato de consultoría en estudio tenía como finalidad desarrollar el objeto social del FONADE mediante la administración de proyectos financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales, función de la entidad prevista expresamente en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en los siguientes términos:

> *"ARTÍCULO 288. FUNCIONES. En desarrollo de su objeto el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, podrá realizar las siguientes funciones: 3.1 Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales o internacionales.".*

Por consiguiente, con independencia de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 1150 de 2007 y su posterior derogatoria por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, el contrato materia del presente proceso suscrito antes de la vigencia de estas normas estaba excluido de la aplicación de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, es claro que no son aplicables al caso los artículos 5 y 27 de la Ley 80 de 1993 sobre el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato ni los artículos 3, 4, 24, 25 y 28 de ese mismo ordenamiento invocado por la parte apelante en su recurso; de otro lado, las reclamaciones de la demanda no se soportan en una presunta excesiva onerosidad de lo acordado en los términos

del Código de Comercio y se imputan a variaciones presuntamente introducidas por la contratante.

3. Objeto y alcance del contrato

En virtud del contrato 2051457 el Consorcio Diseños Carcelarios 2005 (fls. 1 y ss. cdno. 9) se obligó a realizar los estudios y diseños de preinversión para la construcción de los establecimientos carcelarios del grupo no. 1 el cual, de acuerdo con las reglas de participación del proceso de selección (fls. 8 y ss. cdno. 2), correspondía a los complejos penitenciarios de Puerto Triunfo y Medellín.

En las reglas de participación se precisó que la contratación sería a precio global que incluía todos los costos directos e indirectos, con un plazo máximo de ejecución de seis meses y con las siguientes especificaciones particulares:

> ***"ESPECIFICACIONES DE CADA UNO DE LOS PROYECTOS***
>
> ***LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES Y ESPECIFICACIONES SON LAS MÍNIMAS QUE DEBERÁN REALIZAR LOS CONSULTORES PARA CADA UNO DE LOS PROYECTOS***
>
> ***Esas especificaciones deben ser complementadas por el contratista, incluyendo todos y cada uno de los diseños ofertados en la propuesta y los que se requieran para la correcta aceptación y aprobación del comité evaluador.***
>
> ***El listado de actividades se entrega como ayuda para que el proponente los tenga en cuenta para la preparación de la propuesta, pero este a su vez, asume totalmente la responsabilidad del proyecto final, objeto del contrato derivado del presente proceso para cada grupo respectivamente.***
>
> ***(…).***
>
> ***COMPLEJO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE MEDELLÍN, QUE CONTIENE ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA Y ALTA SEGURIDAD, ESTABLECIMIENTO CARCELARIO Y RECLUSIÓN DE MUJERES***
>
> ***LOCALIZACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS***
>
> | | |
> |---|---|
> | *Tipo de establecimiento:* | *Complejo penitenciario y carcelario* |
> | *No. Total de internos:* | *1.900 cupos* |
> | *Municipio:* | *Medellín* |
> | *Departamento:* | *Antioquia* |
> | *M2 del anteproyecto:* | *40.052* |

El proyecto se construirá en un lote ofrecido por la Alcaldía Municipal de Medellín, como aporte al proyecto, el cual tiene un área de 30 hectáreas y está localizado en el sector suburbano del citado municipio, el predio denominado Finca La Teresita, está localizado en la Vereda Pedregal Medio, Corregimiento de San Cristóbal de la ciudad de Medellín, se encuentra a 20 minutos del centro administrativo La Alpujarra, llegando por una vía angosta, pero pavimentada y de fácil acceso llamada la avenida San Juan.

El proyecto manejará un área construida de 40.052 m2, en tres módulos; el primero para hombres sindicados en pabellones tipo en altura, el segundo módulo manejará los cupo de condenados de mediana y alta seguridad y el tercer módulo para mujeres, además cada bloque de celdas manejará internamente la zona de visitas, talleres, aulas, reseña, portal 2 y garitas, entretenimiento; mientras que los servicios comunes a los tres módulos serán los del edificio central de servicios (rancho, sanidad y mantenimiento), administración, alojamiento de guardia, almacén de acopio, basuras y portal de ingreso al complejo.

Nota. El lote de terreno, objeto de la presente licitación no cuenta con servicios públicos. El trámite y la obtención de los servicios públicos hacen parte del objeto de la contratación.

(…).

COMPLEJO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE NÁPOLES, QUE CONTIENE ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA Y MÍNIMA SEGURIDAD Y RECLUSIÓN DE MUJERES

LOCALIZACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS

Tipo de establecimiento:	*Complejo penitenciario de Mínima y Mediana Seguridad y reclusión de mujeres*
No. total de internos:	*1.400 cupos*
Municipio:	*Puerto Triunfo*
Departamento:	*Antioquia*
M2	*36.272*

El proyecto donde se proyecta la construcción del complejo (…) son los predios denominados Nápoles – El porvenir y La Perla, ubicados en el área del corregimiento del Doradal, el cual dista 3.4 km aproximadamente; el predio denominado La Perla forma parte del plan, por ser poseedor de nacimiento de agua, que surtirá al complejo proyectado; el predio La perla está localizado en la vereda Alto del Pollo del corregimiento Las Mercedes, a una distancia de 3.6 ms del área urbana de Doradal.

Este predio tiene una pendiente inclinada con porcentajes que alcanzan el 70%, cuenta con fuentes hídricas como las quebradas El Chorro y Dos Quebradas, que abastecen la vereda Alto del Pollo y el Corregimiento de Doradal. El plan de ordenamiento lo contempla como zona de reserva forestal, y es complemento importante al proyecto en

análisis, por ser el área de donde se puede obtener el suministro de agua.

A una distancia aproximada de 8.2 km del área urbana de Puerto Triunfo, se encuentra el lote denominado Nápoles – El Porvenir, en un sector rural dedicado a la ganadería, cuenta con un área de 281 hectáreas 5.190 m2, topografía quebrada que tiene un sector con una pendiente manejable para el desarrollo del proyecto penitenciario.

Está previsto para una población femenina de 600 condenadas, y una población masculina de 800 condenados repartidos entre 400 condenados de Mínima seguridad y 400 condenados de mediana seguridad, para un total de 1.400 cupos un área total construida de 36.272 m2, desarrollados en dos módulos; el primero para hombres condenados y sindicados en tres pabellones tipo de 200 internos y pabellones de aislados y el segundo cuenta con tres pabellones tipo de 198 internas, pabellón de aislados, además de aulas, talleres, garitas, torres de grito alto, visitas, reseña, sanidad, portal 2, cocina, lavandería y mantenimiento independientes para cada uno y algunas zonas comunes para los modelos, como lo son administración, alojamiento de guardia, almacén de acopio, basuras y portal de ingreso al complejo.

Nota: El lote de terreno, objeto de la presente licitación, no cuenta con servicios públicos. Los servicios públicos hacen parte del objeto de la contratación.*"* (fls. 69 y ss. cdno. 2 - mayúsculas fijas del original y negrillas adicionales).

4. Reclamaciones particulares del contratista

4.1 Mayores cantidades de área diseñada

En las reglas de participación del referido proceso de selección se precisó que el proyecto tendría unas áreas mínimas construidas, sin perjuicio de los ajustes y requerimientos propios del proyecto, de modo que las mayores o menores cantidades de obra no alterarían el valor pactado:

"4.1.4. ÁREAS DEL PROYECTO

Proyecto: El proyecto tendrá un área mínima construida de acuerdo con los siguientes cuadros, sin embargo el área final será el resultado de los ajustes y requerimientos propios que el DIN y el INPEC realicen al proyecto final, y estas mayores o menores cantidades no alterarán el valor con el que fue adjudicado el respectivo contrato.

Nota: las áreas se medirán, de muro a muro, sin contar los aleros.

Proyecto. COMPLEJO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE MEDELLÍN (…).

Área de construcción cubierta en M2

> *Área total de construcción cubierta 40.051,71*
>
> *Área total de construcción descubierta 132,132,64*
>
> ***Nota: además se debe tener en cuenta los metros de cerramiento, que son aproximadamente 11.200 ml y los metros para construir servicios públicos tanto las tuberías como las plantas y equipos especiales.***
>
> *(…).*
>
> ***COMPLEJO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE NÁPOLES, QUE CONTIENE ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA Y MÍNIMA SEGURIDAD Y RECLUSIÓN DE MUJERES***
>
> *ÁREA DE CONSTRUCCIÓN CUBIERTA EN M2*
>
> *(…).*
>
> *ÁREA TOTAL DE CONSTRUCCIÓN CUBIERTA 36.272,35*
>
> *(…).*
>
> *ÁREA TOTAL DE CONSTRUCCIÓN DESCUBIERTA 46.615,00*
>
> ***Nota: además se debe tener en cuenta los metros de cerramiento, que son aproximadamente 10.500 ml y los metros para construir los servicios públicos tanto las tuberías como las plantas.”*** (fl. 172 cdno. 2 - mayúsculas fijas del original y negrillas de la Sala).

Por su parte, el contrato también estableció el alcance de los trabajos, refirió las mismas áreas y módulos a construir referidos en las reglas de participación y agregó:

> ***“CLÁUSULA SEGUNDA. ALCANCE (…). PARÁGRAFO: Los módulos mencionados son una referencia de la infraestructura con la cual deberán contar los estudios y diseños de los proyectos contenidos en el presente contrato, módulos que podrán ser objeto de modificaciones de acuerdo con la implementación del organigrama de relaciones espaciales y circulaciones, documento mediante el cual se establecerá la resultante de espacios, áreas y sectores que contemplarán los proyectos objeto del presente contrato.”*** (fl. 2 cdno. 9, mayúsculas sostenidas del original – resalta la Sala).

Respecto del precio se pactó lo siguiente:

> *“El valor del presente CONTRATO es de MIL SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($1.640.945.145,60), incluido el valor del IVA. PARÁGRAFO.* ***El valor real del contrato se pacta por el sistema de***

> ***precio global. Comprende todos los costos directos e indirectos derivados de la ejecución.*** *Incluye entre otros los gastos de administración, salarios y prestaciones sociales del personal, incremento salariales y prestacionales, desplazamiento, transporte, alojamiento y alimentación del equipo de trabajo, del contratista, honorarios, asesorías en actividades objeto del contrato, computadores, licencias de utilización de software, impuestos a cargo del contratista, las deducciones a que haya lugar* ***y en general todo costo en que incurra el contratista para la ejecución del objeto del contrato, por lo cual incluye el IVA, por consiguiente, FONADE no reconocerá valor alguno por reajuste efectuados por el contratista por concepto de costos, gastos, actividades adicionales que aquel requiera para ejecutar el contrato y que fueron previsibles al momento de presentación de su oferta.*** *Se entenderá que todos los impuestos y deducciones generales del contrato de estudios y diseños, corren por cuenta del contratista."* (fl. 3 cdno. 9 . Mayúsculas fijas del original – negrillas adicionales).

De conformidad con lo expuesto se tiene que los diseños se contrataron a precio global, y el precio acordado incluía la totalidad de costos a realizar por el producto contratado correspondiente a la totalidad de los diseños de dos establecimientos penitenciarios y carcelarios, por lo tanto, en esa modalidad el contratista se obligó a ejecutar la labor por el precio pactado, lo cual, en principio, no se avizora como abusivo o ilegal.

Ahora bien, en atención al régimen del contrato no es aplicable el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que la parte apelante aduce como fundamento de sus pretensiones de nulidad y, en todo caso, el sentido de las estipulaciones contractuales sobre el alcance de los trabajos debe entenderse de acuerdo con las particularidades del contrato en el que se imponía diseñar una infraestructura nueva en la que no era posible conocer de antemano el área total exacta pues, precisamente esta solo quedaría perfectamente determinada con los diseños finales; aunque la entidad contaba con los anteproyectos en los que estimó una posible área a diseñar, se trataba precisamente de una proyección debido a que el resultado preciso solo podría conocerse con los diseños definitivos.

En esa perspectiva, el solo hecho de existir diferencia entre las áreas estimadas y las finalmente diseñadas no otorga derecho al contratista a reclamar sobrecostos ni constituyen incumplimiento de la demandada, en atención a que lo contratado incluía todos los costos directos e indirectos relativos a la realización de los diseños y no se acreditó que la parte contratante hubiera desconocido la extensión y alcance de lo contratado.

En efecto, no hay prueba de que FONADE hubiera pretendido variar el objeto o alcance contractual para imponer obligaciones ilimitadas respecto de la ejecución; contrario a ello, consta que sí se precisaron modificaciones en la acomodación de la población carcelaria dentro del grupo 1, producto de inestabilidades en el predio de la ciudad de Medellín que puso de presente el diseñador (fl. 429 cdno. 7) pero se mantuvo la ocupación estimada de cada centro penitenciario, frente a lo cual el contratista señaló en escrito del 12 de julio de 2005 lo siguiente: *"le manifiesto que como el número de internos no presenta variaciones en el total del grupo contratado el valor del contrato no se altera"* (fl. 430 cdno. 7). La parte demandante no alegó ni probó algún vicio del consentimiento en la suscripción del referido documento, por el contrario, en su ofrecimiento precisó:

> *"ÁREAS DEL PROYECTO. Proyecto. El proyecto tendrá un área mínima construida de acuerdo con los siguientes cuadros, sin embargo el área final será el resultado de los ajustes y requerimientos propios que el DIN e INPEC realicen al proyecto final, y estas mayores o menores cantidades no alterarán el valor con el que fue adjudicado el respectivo contrato." (fl. 357 cdno. 3).*

En ese marco fáctico y de estipulaciones contractuales, aunque pericialmente se determinó una diferencia de áreas diseñadas que supera en 23.943 m^2 la inicialmente estimada (fl. 64 cdno. 10), el contrato no se pactó a precios unitarios por metro cuadrado de diseño, sino que el contratista se obligó a diseñar infraestructuras para albergar determinado número de internos lo cual se mantuvo inalterado; las variaciones de áreas fueron previstas por las partes, el contratista las conoció y las asumió y, por ende, la Sala no puede acoger la metodología propuesta por el perito que analiza costos de metro cuadrado de diseño y costos directos e indirectos de la ejecución del contrato, todos los cuales estaban incluidos en el precio acordado, por lo cual se confirmará el fallo impugnado en este aspecto.

4.2 Variación de la fuente hídrica para el Centro Carcelario y Penitenciario de Puerto Triunfo

La parte accionante afirma que presentó su oferta con fundamento en la información entregada en las reglas de participación según las cuales el

abastecimiento de aguas del proyecto de Puerto Triunfo se haría a través del predio La Perla por medio de las quebradas El Chorro y Dos Quebradas, inició a ejecutar el contrato con esa convicción y ese aspecto fue variado durante la ejecución.

Según las reglas de participación el contratista se comprometió a diseñar los sistemas de suministro de agua potable según las condiciones del sitio, de modo que, aunque la entidad contratante había estimado una posible fuente que a la postre resultó inviable, el objeto del contrato incluía la determinación de una viable y su diseño:

> ***"4.1.2.5. PROYECTO HIDROSANITARIO (HIDRÁULICO, SANITARIO, GAS Y ACUEDUCTO)***
>
> ***Este proyecto contempla el análisis y diseño de los siguientes aspectos:***
>
> *La totalidad de las redes y equipos hidrosanitarios (…) al igual que* ***el diseño de las posibles estructuras hidráulicas que se pudiesen requerir dentro del marco del proyecto, como estructuras de captación, de tratamiento y almacenamiento de agua potable****.*
>
> *Igualmente el diseño de drenajes, red de alcantarillado, pozos de inspección para aguas servidas (lluvias y negras).*
>
> ***Adicionalmente se debe contemplar el diseño de las acometidas para conexión a las redes de servicios públicos (acueducto*** *y alcantarillado) o en su defecto y* ***en caso de que no exista plan de servicios públicos en el predio, el diseño de un sistema de suministro de agua potable y evacuación de aguas servidas, de acuerdo con las condiciones específicas del sitio.***
>
> ***El diseño debe contemplar todas las características y propiedades propias de este tipo de proyecto, en relación a diámetros, pendientes, localización y tipo de materiales que se deben utilizar para las redes****. Igualmente y debido a que se trata de un proyecto de seguridad carcelaria, se deberá presentar las especificaciones técnicas que deben poseer los aparatos hidrosanitarios y de gas que serán utilizados.*
>
> *(…).*
>
> *El proyecto hidrosanitario definitivo debe contener igualmente, todas las especificaciones técnicas, cantidades de obra, presupuesto detallado, cronograma de actividades definitivos para construcción.*
>
> *Se contempla adicionalmente una supervisión técnica durante la etapa de construcción, que garantice la óptima calidad de los proyectado en el diseño.*

> *Igualmente y en caso de ser necesario, se deberá especificar las características y propiedades de equipos de bombeo o hidroneumáticos, que garanticen una presión adecuada en las redes de agua potable, así como su localización y estructuras de soporte y protección para su adecuado funcionamiento."* (fl. 88 cdno. 2 – negrillas adicionales).

Por consiguiente, es claro que lo contratado incluía el diseño del sistema de suministro de agua potable y la determinación de todas sus características y necesidades de acuerdo con el sitio de las obras, por lo cual el hecho de que la administración hubiera estimado una presunta fuente de agua potable no relevó al contratista de sus obligaciones a este respecto que, incluían la totalidad del sistema hidrosanitario del proyecto desde el punto de suministro de agua; cómo diseñarlo le correspondía a la contratante, era obligación suya verificar la idoneidad de la fuente y determinar las condiciones necesarias para su correcta e idónea ejecución.

El numeral 4.1.3.3.5) de las reglas de participación precisaba el alcance de esa obligación en los siguientes términos:

> ***"Criterios generales para la realización de los estudios hidrosanitarios***
>
> ***Generalidades***
>
> *(…) se estima que la captación del agua potable se realizará desde el río más próximo o explorando la posibilidad de pozo profundo. Para garantizar el suministro de agua potable al complejo (…) Puerto Triunfo, se estima que la captación del agua potable se realizará desde el río más próximo o explorando la posibilidad de pozo profundo (…).* ***Estos datos se dan a manera de información, pero es obligación del contratista la realización de los estudios definitivos y los trámites necesarios tanto para la consecución de la concesión como la puesta en funcionamiento de este sistema."*** (fl. 167 cdno. 2 – negrillas de la Sala)

También es relevante que en el documento denominado *"acta de comité de seguimiento no. ACS-G1-001-11-jul-05"* suscrita antes del inicio de la ejecución, se plasmó lo siguiente:

> *"El contratista hace la presentación de la zonificación de los terrenos de Puerto Triunfo, explicando que va a dejar unos reservorios de agua para abastecer al Establecimiento. (…). El contratista aclara que los levantamientos topográficos realizados y remitidos a FONADE muestran que la quebrada Chamizo tiene la capacidad de proveer al Establecimiento Penitenciario de agua.* ***El supervisor por parte de FONADE le solicita al contratista realizar un estudio más***

> ***exhaustivo puesto que no se posee una referencia histórica precisa para asegurar que la quebrada chamizo abastecerá en todo momento al establecimiento, especialmente en verano. El contratista propone tres alternativas para solucionar el abastecimiento de agua por medios distintos a la quebrada ya existente: conducir aguas lluvias a los reservorios, sistema de tuberías para las aguas lluvias, hacer un estudio geoeléctrico por medio de pozos de agua profunda. La supervisión por parte del FONADE propone mirar la posibilidad de un sistema de aguas independientes (planta de tratamiento de aguas residuales).***" (fl. 817 cdno. 11 – destaca la Sala).

El 18 de julio de 2005 en el *"acta no. 2 comité de seguimiento"* se dejó constancia de lo siguiente:

> *"ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE PUERTO TRIUNFO*
>
> *El contratista informa que en cuanto a la solicitud de servicios del proyecto Nápoles no se ha tenido respuesta por parte de la Alcaldía del Municipio de Puerto Triunfo, la propuesta es de tomar el agua de la quebrada El Chamizo a 4.5 km del predio, donde tendría que construirse una planta de tratamiento de agua potable y de aguas negras al igual que un sistema de alcantarillado.*
>
> *El gerente del convenio de FONADE propone opciones como hacer un sistema de captación de aguas lluvias de cubierta o aguas lluvias subterráneas. La consultoría manifiesta que está en condición de hacer un estudio de varias alternativas de suministro de agua potable para el establecimiento penitenciario esto se le presentará a la interventoría del proyecto quien verificará que esto estudios se ajusten a todas las indicaciones y observaciones del comité técnico."* (fl. 826 cdno. 11).

En similar acta de 12 de agosto de 2005 consta lo siguiente:

> *"La consultoría hace una breve introducción al comité en la que muestra por medio de una aerofotografía, el corregimiento de Doradal, la hacienda Nápoles por último el predio El Porvenir, lugar en el que se implanta el proyecto. Igualmente se precisa la ubicación de la quebrada Doradal, las vías de acceso entre las que se destacan la autopista Medellín y la vía que conduce a la hacienda Nápoles desde la que se accede al proyecto.*
>
> *La consultoría le enseña al comité la ubicación del aforo de agua que se construirá en la bocatoma de la quebrada El chamizo para tomar el agua hacia el proyecto, explicando que es el sistema más apropiado por razón de caudal".* (fl. 839 cdno. 11).

Finalmente, en acta de 16 de septiembre de 2005 se definió lo siguiente:

> ***"DISEÑO HIDRÁULICO Y SANITARIO***

> ***De acuerdo a la exposición hecha por el Ing. Ambiental de la Consultoría, el agua se tomará desde la quebrada el chamizo, luego pasa al reservorio (30.000 m3) adicional se diseña un by-pass manual – luego pasa a tres tanques con un cuarto de bombas y tableros de control, antes de la planta de tratamiento de agua potable."*** (fl. 869 cdno. 11 – negrilla de la Sala).

Como se aprecia, antes de iniciar la ejecución[4] se advirtió puntualmente la problemática relativa a las dudas sobre la idoneidad de las fuentes de abastecimiento de agua para el proyecto por lo cual el contratista y FONADE formularon alternativas, de modo que no resulta cierto que el diseñador contaba con plenas seguridades sobre dicha fuente de cara a lo señalado por la entidad en las reglas de participación; por el contrario, era un asunto de la ejecución que se debatía y en el que el contratista tenía amplia responsabilidad derivada de la obligación contractual que le asistía consistente en prever todas las condiciones del sistema hidrosanitario del proyecto y diseñarlo; finalmente se acogió la propuesta del consorcio y se tomó la fuente sugerida, de modo que no es posible estimar que FONADE indujo al contratista a error o le impuso ejecuciones inocuas respecto de la fuente de agua potable.

A pesar del testimonio del señor Yairsiño Suárez Veloza, arquitecto de RMR Construcciones SA, quien declaró que *"los primeros estudios y diseños no sirvieron para la nueva fuente de agua hubo que realizar todo nuevamente"* (fl. 77 cdno. 1), las actas de seguimiento a la ejecución confirman que si el contratista se apresuró a diseñar antes de precisar la fuente idónea para abastecer el proyecto de Puerto Triunfo pese a los cuestionamientos surgidos antes del inicio de la ejecución y conocidos por el consorcio, ello no puede imputarse a FONADE.

En todo caso, como lo estimó el tribunal, la parte apelante no probó haber padecido perjuicios producto de la inicial indeterminación de la fuente de abastecimiento de agua; en el dictamen pericial rendido en el curso del proceso se concluyó que se presentaron sobrecostos con ocasión de ese hecho toda vez que la fuente hídrica se definió 42 días después del inicio de la ejecución (fl. 61 cdno. 10), por lo cual, para calcular los presuntos perjuicios tomó el valor total del contrato para ese proyecto ($649.038.691), estimó el costo diario de ejecución, valor que multiplicó por 42 y obtuvo como resultado la suma de $171.984.746,87.

---

[4] Agosto 5 de 2005 (fl. 808 cdno. 3).

Para la Sala, dicha metodología no es admisible porque parte implícitamente de un hecho no demostrado consistente en que las actividades de diseño durante ese lapso estuvieron enfocadas únicamente en el trazado de la línea de agua potable desde la fuente hasta el lugar proyectado para la edificación y no se ejecutó ningún otro tipo de actividad.

Con fundamento en lo expuesto, se mantiene la decisión de negar las pretensiones derivadas del cambio en la fuente de agua potable del centro penitenciario de Puerto Triunfo.

4.3 Exigencia de FONADE de ejecutar trabajos no previstos

El consorcio contratista alega que FONADE le exigió *"planos y licencias adicionales o nuevos no contemplados en el contrato"* y *"acompañamiento técnico permanente no previsto"* (fl. 6 cdno. 1) durante la ejecución material de la obra.

En relación con lo primero, en el acta de recibo y aprobación de diseños consta que se reciben los planos y memorias de cálculo y que los planos correspondientes a las redes de servicios públicos fueron radicados en las respectivas empresas; sin embargo, con ello no se surtía a cabalidad el objeto contractual ya que el contrato establecía la siguiente obligación a cargo del contratista:

> ***"CLÁUSULA SEGUNDA (…). PARÁGRAFO SEGUNDO. Los lotes de terreno objeto de la presente contratación no cuentan con servicios públicos. La obtención de las licencias y derechos de los mismos hacen parte del objeto de la contratación y son responsabilidad del contratista (…) CLÁUSULA SEXTA. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA 22. Los trámites de radicación y aprobación del proyecto para la obtención de las respectivas licencias, cualesquiera que sean, ante las respectivas autoridades de planeación municipal competentes así como el suministro de los documentos exigidos o requeridos por estas. PARÁGRAFO CUARTO. Será responsabilidad del consultor realizar como mínimo y sin limitarse solo a ellas, las actividades que se relacionan para el trámite y obtención de licencias de cada uno de los proyectos contenidos en el grupo, así: trámite, gestión, obtención de la notificación de aprobación y liquidación de las expensas de licencia de construcción y urbanismo; trámite y gestión para la obtención de servidumbre, licencia ambiental, permisos especiales y demás requeridos para la aprobación de***

> ***los estudios y diseños y posterior construcción. Será responsabilidad del contratista la gestión para la obtención del documento final (licencia o permiso) de aprobación de los respectivos diseños y permisos. PARÁGRAFO QUINTO. En el presente proceso están incluidos todos las obligaciones (sic) que de estas gestiones se deriven para la obtención de licencias respectivas. El consultor deberá responder dentro del plazo establecido por la realización de los trámites o gestiones para la obtención de licencias."*** (fl. 728 cdno. 7 – se resalta).

Con sustento en las referidas obligaciones contractuales, en enero de 2008 el FONADE exigió al consorcio algunas licencias, permisos y aprobaciones de diseños eléctricos que presentaban inconsistencias y de aguas subterráneas y reservorios (fl. 11 cdno. 9), situaciones que corresponden al cumplimiento de lo expresa y puntualmente pactado y no a hechos nuevos o adicionales.

En cuanto a lo segundo, está probado que la supervisión arquitectónica de la obra también se pactó en el contrato:

> ***"4.1.2.3.6. Supervisión arquitectónica***
>
> ***Este trabajo comprende la labor de verificación de obra, del cumplimiento por parte del ejecutor de la obra, de lo dispuesto en el Proyecto y Diseños Arquitectónicos (general y detallado) definitivo para la construcción, en cuanto a cantidades y presupuesto de obra, cronograma de construcción y especificaciones arquitectónicas. No se trata de una labor de interventoría, sino de una supervisión técnica que permita garantizar el cumplimiento estricto de los lineamientos especificados en el proyecto arquitectónico, tal y como sus realizadores concibieron y consideraron que se debería ejecutar para obtener un producto de óptima calidad, lo que permitirá establecer posteriormente y de manera concreta, un juicio de responsabilidad directa sobre los comprometidos, en el supuesto caso de que los resultados en términos de calidad, no sean los establecidos contractualmente.***
>
> *El proyecto arquitectónico definitivo para construcción (general y detallado), incluyendo el urbanismo del proyecto, al igual que la supervisión, especificaciones, cantidades de obra, deberá seguir todos los lineamientos que en materia de proyectos penitenciarios y carcelarios especifique la Dirección de Infraestructura – DIN del Ministerio del Interior y de Justicia."* (fl. 87 cdno. 2 – negrillas adicionales).

Como el contratista no probó que lo exigido por FONADE exceda lo acordado, no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones por tal concepto y, por consiguiente, se confirmará la sentencia apelada.

5. Costas

En los términos del artículo 171 del CCA aplicable a la presente actuación por razón de la época de presentación de la demanda, no se impondrá condena en costas toda vez que no se aprecia conducta temeraria o de mala fe atribuible a las partes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Subsección "B"-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1º) Confírmase la sentencia de 13 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C de Descongestión que negó las pretensiones de la demanda.

2º) Sin costas en esta instancia.

3º) Ejecutoriada esta providencia **devúelvase** el expediente al tribunal de origen previas las desanotaciones del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado ponente
(firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(firmado electrónicamente)

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
(firmado electrónicamente)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados integrantes de la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 del CPACA.