

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ESTATAL / REGÍMENES DE FONADE / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO DE CONSULTORÍA / NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ESTATAL / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA POR EL JUEZ / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

[P]or expresa disposición del párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, “los contratos que celebr[an] los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal”, entre las cuales se incluye Fonade, se encuentran exceptuados de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) y se rigen “por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”. Esto quiere decir que son las normas civiles y comerciales aplicables a sus actividades financieras, y no las normas del EGCAP, las que gobiernan los contratos de Fonade. Bajo esa óptica, comoquiera que en la demanda presentada por Cusego se solicitó, esencialmente, declarar la ruptura del equilibrio económico del contrato de consultoría (...) y, como consecuencia de ello, condenar a Fonade al pago de distintas sumas de dinero, las pretensiones deberían ser negadas. En efecto, las disposiciones del EGCAP atinentes a la ruptura del equilibrio económico no resultan aplicables a contratos sometidos al derecho privado, como el contrato de consultoría (...) inclusive si se interpretaran de manera amplia las pretensiones de la demanda, tampoco sería procedente acudir a la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida –consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio–, en la medida en que esta sólo es procedente mientras exista alguna “prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes” y el contrato de consultoría No. 2051594 de 2005 ya está terminado. En este escenario, las pretensiones de la demanda también deberían ser negadas.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 868 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 32 PARÁGRAFO

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia de 10 de febrero de 2021; Exp. 47068; C.P. Martín Bermúdez Muñoz, de 28 de abril de 2021; Exp. 48962; C.P. Ramiro Pazos Guerrero y Exp. 58325.

PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / EFECTOS DEL CONTRATO ESTATAL / INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CONTRATO DE CONSULTORÍA / EJECUCIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DEL CONTRATISTA / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

[C]omoquiera que en la demanda se formuló una pretensión de declaratoria de incumplimiento contractual, a efectos de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia de Cusego, la Sala estudiará si, en el presente caso, hay lugar a declarar el incumplimiento de Fonade por no reconocer y pagar unas actividades adicionales al contrato de consultoría (...) realizadas por Cusego, y a condenar a la entidad al pago de dichas actividades. En la medida en que las partes del proceso no discuten que Cusego efectivamente ejecutó las actividades relacionadas en su demanda, con independencia de si estas hacían parte del objeto del contrato de consultoría (...) –como lo sostiene Fonade– o fueron adicionales a este –como lo afirma Cusego– (...) las pretensiones de la demanda deben ser negadas. En efecto, es necesario que exista una modificación contractual para proceder al reconocimiento de actividades adicionales. Ello es así, puesto que solamente con la modificación se entiende que el contratista tiene la obligación de ejecutarlas y la entidad la correlativa obligación de pagarlas. En el presente caso, al

no evidenciarse un acuerdo de voluntades entre los representantes legales de Fonade y Cusego, o una orden proveniente de la entidad que fuera posteriormente acatada por el contratista, en el sentido de realizar las actividades que no hacían parte del objeto del contrato de consultoría (...) y establecer una contraprestación por su ejecución—, la Sala concluye que Fonade no debe ser condenado a pagarlas.

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia de 6 de julio de 2020; Exp. 48438; C.P. Alberto Montaña Plata.

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia con aclaración de voto del honorable consejero Martín Bermúdez Muñoz.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00411-03(59850)

Actor: CUÉLLAR SERRANO GÓMEZ S.A. (CUSEGO)

Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – régimen de los contratos de Fonade – ruptura del equilibrio económico del contrato – improcedencia en contratos regidos por el derecho privado – excesiva onerosidad sobrevenida – improcedencia luego de terminado el contrato – incumplimiento contractual – por falta de pago de actividades adicionales – necesidad de probar la existencia de una modificación contractual para proceder al reconocimiento de actividades adicionales.

Síntesis del caso: un consultor, contratado por una entidad estatal de carácter financiero para la elaboración de estudios y diseños de pre-inversión para la construcción de establecimientos de reclusión a nivel nacional solicita, entre otras pretensiones, que se declare la ruptura del equilibrio económico del contrato de consultoría celebrado y que se condene a la entidad demandada al pago de distintas sumas de dinero.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida el 4 de mayo de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda¹.

Contenido: 1. Antecedentes – 2. Consideraciones – 3. Decisión

¹ El Consejo de Estado es **competente** para conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo (CCA).

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante – 1.2. Posición de la parte demandada – 1.3. Sentencia de primera instancia – 1.4. Recurso de apelación – 1.5. Trámite relevante de segunda instancia

1.1. Posición de la parte demandante

1. El 14 de agosto de 2008, Cuéllar Serrano Gómez S.A. (Cusego) presentó **demanda**², en ejercicio de la **acción de controversias contractuales**, en contra del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), en cuyas pretensiones solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (se transcribe)³:

“1. Que se declare que en la ejecución del contrato 2051594, celebrado entre (...) FONADE y [Cusego], con fecha 15 de Junio de 2005, se presentó un rompimiento de la ecuación contractual por causas no imputables al Contratista, que afectó sus legítimos intereses económicos, ocasionándole como consecuencia un detrimento patrimonial injustificado.

2. Que se declare que el rompimiento en la ecuación contractual ocurrido en desarrollo del contrato 2051594, se presentó, en unos casos, como consecuencia de las acciones y omisiones de (...) FONADE, tanto en la etapa previa a la suscripción del contrato como durante su ejecución, y en otros casos, como consecuencia de eventos y situaciones imprevistas e imprevisibles, y por lo mismo ajenas a la conducta del contratista.

3. Como resultado de las declaraciones anteriores, declarar que (...) FONADE, incumplió el contrato 2051594.

4. Como consecuencia de las declaraciones precedentes, declarar que (...) FONADE, deberá restablecer plenamente el equilibrio financiero del contrato y el consiguiente detrimento patrimonial sufrido por [Cusego], mediante el pago de todos los sobrecostos, mayores valores, costos y gastos adicionales, honorarios, intereses, y en general de todos los daños y perjuicios sufridos por el Contratista con motivo de la ejecución del contrato 2051594, conforme a lo probado en el proceso.

5. Como consecuencia igualmente de las declaraciones anteriores, condenar a (...) FONADE a reconocer y pagar a [Cusego], la suma de (...) \$1.329'946.558 (...), sin incluir IVA, o la mayor que resulte probada dentro del proceso, debidamente actualizada o indexada desde la fecha de recibo y aprobación de los diseños, hasta la fecha en que se produzca el fallo definitivo, por los conceptos y en las cuantías que a continuación se indican: ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE CUCUTA

5.1. La suma de (...) \$16'199.687 (...), por concepto del levantamiento topográfico efectuado en un lote no contemplado en el objeto del contrato.

5.2. La suma de (...) \$12'739.841 (...), por concepto del diseño eléctrico de la nueva subestación de la penitenciaría.

5.3. La suma de (...) \$21'084.375 (...), por concepto de la maqueta digital elaborada por el Contratista.

5.4. La suma de (...) \$347'929.748 (...), por concepto de la elaboración de los estudios arquitectónicos y de ingeniería adicionales por edificaciones, efectuados por el Contratista.

5.5. La suma de (...) \$65'036.192 (...), por concepto de los estudios y diseños adicionales de urbanismo.

ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE IBAGUE

5.6. La suma de (...) \$17'717.400 (...), por concepto del levantamiento topográfico efectuado en un lote no contemplado en el objeto del contrato.

5.7. La suma de (...) \$30.327.700 (...), por concepto del diseño de la línea expresa de agua potable.

² Folios 2-14 del cuaderno 2.

³ Según “corrección de la demanda” presentada el 24 de marzo de 2009. Folios 139-155 del cuaderno 2.

- 5.8. La suma de (...) \$18'200.000 (...), por concepto de la maqueta digital elaborada por el Contratista.
- 5.9. La suma de (...) \$600'522.868 (...), por concepto de la elaboración de los estudios arquitectónicos y de ingeniería adicionales por edificaciones, efectuados por el Contratista.
- 5.10. La suma de (...) \$200'188.747 (...), por concepto de los estudios y diseños adicionales de urbanismo.
6. Decretar y en consecuencia practicar la liquidación judicial del contrato, incluyendo dentro de la misma las sumas anteriormente relacionadas.
7. Condenar a (...) FONADE al pago de los intereses de mora sobre las sumas reconocidas en el fallo, a la tasa equivalente al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera, desde la fecha de las correspondientes actas de recibo y aprobación de los diseños y hasta cuando se produzca su pago efectivo.
8. Condenar a (...) FONADE al pago de las costas del proceso".

2. En el escrito de **demanda**, la parte demandante narró, en síntesis, los siguientes **hechos**:

3. 1) El 15 de junio de 2005, Fonade y Cusego celebraron el contrato de consultoría No. 2051594 de la misma fecha, en virtud del cual Cusego se comprometió a "realizar los estudios y diseños de pre-inversión para la construcción de establecimientos carcelarios de reclusión a nivel nacional, para el grupo 5, en las condiciones establecidas en las reglas de participación"⁴.

4. 2) "El objeto del contrato para cada uno de los dos establecimientos penitenciarios estaba claramente circunscrito en cada caso a un predio específico, que para el caso de la penitenciaría de Cúcuta era de propiedad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y, en el caso de la penitenciaría de Ibagué, del Ministerio del Interior y [de] Justicia, ambos claramente identificados y diferenciados (...). Sin embargo, durante el desenvolvimiento de cada uno de los proyectos, el contratista terminó adelantando diseños en terrenos, también de propiedad del Inpec y del Ministerio del Interior y [de] Justicia, pero que no hacían parte del objeto contractual".

5. 3) "[L]os proyectos del grupo 5 adjudicados a" Cusego "sólo tenían como objeto el diseño de establecimientos penitenciarios de mediana y/o alta seguridad. Sin embargo, con posterioridad y por solicitud de Fonade, además del objeto inicialmente previsto en el contrato, el contratista tuvo que diseñar también pabellones de mínima seguridad para los dos establecimientos penitenciarios (Cúcuta e Ibagué), con lo cual el alcance de sus obligaciones se adicionó fuera de lo previsto y sin ningún tipo de compensación por las nuevas actividades solicitadas".

6. 4) "Adicional a las actividades anteriormente descritas, el contratista ejecutó otros trabajos no contemplados dentro del alcance de su

⁴ Según se afirmó en la "corrección de la demanda" (se transcribe): "Conforme a lo consignado en las Reglas de Participación IPG 817 – 194121 fijadas por FONADE para la selección del contratista que elaboraría 'LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DE PREINVERSION PARA LA CONSTRUCCION DE ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSIÓN A NIVEL NACIONAL' de febrero de 2005 (...), el Grupo No. 5 estaba integrado por los siguientes dos proyectos:

- 'Establecimiento Penitenciario de Mediana seguridad, Establecimiento Carcelario y Reclusión de Mujeres de Cúcuta.'

- 'Complejo Penitenciario y Carcelario de Ibagué, que contiene Establecimiento Penitenciario de Mediana y Alta seguridad, Establecimiento Carcelario y Reclusión de Mujeres.'".

propuesta, ni en el objeto del contrato, como [lo] fue la elaboración de las maquetas digitales para cada uno de los dos proyectos”.

7. 5) “Otra de las actividades no previstas que tuvo que ejecutar el contratista fue el diseño eléctrico de la nueva subestación para el establecimiento penitenciario de la ciudad de Cúcuta. El diseño de la subestación eléctrica [había sido] entregado por el contratista (...) atendiendo a la información suministrada por la empresa de servicios públicos de Cúcuta, con entrada de 13,2 kV, con punto de conexión a la línea de media tensión existente en las cercanías del predio. No obstante lo anterior, las Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. (...) aprob[aron] la disponibilidad del servicio en media tensión a 34,5 kV. Lo anterior implicó el rediseño de una nueva subestación de 34,5 kV”.

8. 6) “El contratista ejecutó adicionalmente el diseño de la línea expresa de agua potable [en el proyecto de Ibagué] (...). El diseño hidráulico inicial se [había] elabor[ado] bajo la premisa [según la cual] las redes del acueducto de Ibagué pasaban por el lindero del lote, acorde con la disponibilidad emitida por la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado (Ibal) (...). Con los estudios definitivos, la (...) Ibal verificó su capacidad y recomendó hacer la línea expresa desde sus tanques de almacenamiento, lo que le generó al contratista un trabajo adicional que no estaba contemplado dentro de los costos de su oferta inicial, por no hacer parte del objeto del contrato”.

9. 7) A la fecha de presentación de la demanda, el contrato de consultoría No. 2051594 de 2005 no había sido liquidado.

1.2. Posición de la parte demandada

10. El 24 de junio de 2009, Fonade **contestó la “corrección de la demanda”**⁵. Propuso las excepciones que denominó “las actividades realizadas por el contratista se encontraban dentro del objeto contractual”, “no se afectó la equivalencia de las prestaciones pactadas en el contrato”, “en el caso concreto no se cumplen los requisitos necesarios para que resulte procedente la indemnización en virtud de la ecuación económica del contrato”, “las partes no realizaron la supuesta modificación o adición del contrato por escrito”, “buena fe contractual” y “el contratista renunció a su derecho de solicitar el pago por el equilibrio contractual”, en desarrollo de las cuales se opuso a las pretensiones de la demanda.

1.3. Sentencia de primera instancia

11. El 4 de mayo de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A profirió **sentencia de primera instancia**⁶. El Tribunal negó las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

⁵ Folios 164-186 del cuaderno 2.

⁶ Folios 562-574 del cuaderno principal.

12. 1) En primer lugar, se pronunció sobre la “[e]jecución del contrato en predios diferentes a l[os] previsto[s] en la oferta pública”. Al respecto, luego de analizar varios documentos relacionados con el contrato de consultoría No. 2051594 de 2005, indicó que “no comprend[ía] por qué el demandante adu[cía] que [había] termin[ado] adelantando diseños en terrenos, también de propiedad del Inpec y del Ministerio del Interior y [de] Justicia, pero que no hacían parte del objeto contractual, pues precisamente el contrato se [había] ejecut[ado] en sitios destinados por esas entidades, que tenían la titularidad sobre los mismos”. Consideró que, aunque en una de las licencias obrantes en el proceso se había “reconoci[do] la existencia de unas edificaciones y la ampliación del inmueble para la misma dirección y número de ficha catastral, pero con diferente matrícula inmobiliaria y lote”, estas pretensiones debían ser negadas pues (se transcribe):

“[L]a demandante realizó propuestas para unificar el proyecto nuevo con la cárcel existente, por lo que si tuvo que realizar un diseño por esa razón en ésta última, no puede ahora aludir que realizó actividades adicionales cuando por iniciativa suya se dieron y no propuso a la entidad contratante adición del contrato.

Incluso, en el parágrafo tercero del contrato se indicó que si al realizarse los estudios y diseños resultaba un área mayor a la que allí se indicó, no se reconocería valores adicionales⁷”.

13. 2) Posteriormente, en lo que tiene que ver con el “[d]iseño de pabellones de mínima seguridad”, si bien reconoció que ni en la “oferta pública” ni en las “licencias que fueron otorgadas” se había hecho referencia a “la expresión ‘de mínima seguridad’”, negó las pretensiones tocantes a este punto, con fundamento en que (se transcribe):

“[L]a Sala considera que esto de por sí solo no desvirtúa el objeto convenido, cuando la naturaleza del contrato de consultoría no es otra que una persona por su intelecto y especialidad en algún tema, guíe y elabore para la entidad contratante determinado asunto, que para este caso fue los estudios y diseños para la construcción de establecimiento carcelarios de reclusión, por lo que son los consultores los responsables de hacer las observaciones y ajustes necesarios para cumplir con la finalidad contratada.

Además, aun de considerarse que los pabellones de mínima seguridad no hacían parte del objeto contractual, el contratista no debió ejecutarlas puesto que Fonade no los autorizó, ni tampoco la interventoría a cargo de HEYMOCOL podía avalarlas como lo hizo mediante oficio del 24 de enero de 2008 al sugerir al demandado el pago.

Aunado a esto, resulta contrario a la buena fe contractual que la sociedad Cuéllar Serrano Gómez S.A. durante la ejecución del contrato no solo omitió informar al Fonade si se había presentado alguna situación que modificara las condiciones inicialmente pactadas, para que de manera consensual se adoptaran las medidas necesarias, sino que también asintió en ellas.

En efecto. Consta en algunas actas de seguimiento, que el contratista al presentar el esquema básico de zonificación e implantación para el proyecto de Ibagué y Cúcuta; y al socializar el anteproyecto en esos lugares, siempre se refirió al de mínima seguridad así:

(...)

En el mismo sentido, el contratista ni el 15 de diciembre de 2005 cuando hizo la entrega final al Fonade del proyecto de Cúcuta, ni el 20 de febrero y 24 de junio de 2006 cuando se firmó el acta de recibo y aprobación de diseños para

⁷ El Tribunal transcribió esta estipulación contractual así (se transcribe): “PARÁGRAFO TERCERO: Las indicaciones del área de diseño del anteproyecto, enunciada en presente contrato, son un parámetro de la magnitud de cada uno de los proyectos a diseñar; sin embargo, si al término de la realización de los estudios y diseños se presenta un mayor valor o menor área con respecto a la enunciada, no se reconocerá valores adicionales a los presentados en el componente económico de la propuesta presentada por el contratista”.

el grupo 05 de Cúcuta e Ibagué, no manifestó inconformidad sobre el diseño del área de mínima seguridad”.

14. 3) Más adelante, negó el reconocimiento referido a la “[e]laboración de maquetas digitales”, pues consideró que “esa no [había sido] una situación que h[ubiese] alterado el equilibrio económico del contrato de consultoría, cuando el objeto de este [había sido] precisamente elaborar unos diseños, por lo que e[ra] apenas lógico que el contratista tuviese que emplear medios técnicos para su realización, sin que esto implicara una actividad adicional”; igualmente, porque una de las obligaciones a cargo del contratista consistía en (se transcribe): “entregar todos los documentos concernientes a los diferentes Estudios y Diseños (Memorias de cálculo, Informes periódicos, Registros fotográficos, Planos definitivos de construcción, Cantidades finales de obra, Presupuestos detallados definitivos, Cronograma de Actividades para ejecución de los estudios, diseños, construcción y especificaciones técnicas detalladas en medio magnético, copia dura en papel Mantequilla y Borrador, así como dos (2) copias de totalidad de los planos de construcción”.

15. 4) Por último, negó las pretensiones relativas al “diseño y [el] rediseño de la subestación eléctrica del establecimiento penitenciario de Cúcuta” y el “[d]iseño de la línea expresa de agua potable” del proyecto de Ibagué, comoquiera que (se transcribe):

“[D]esde las reglas de participación se precisó que el predio donde se ejecutaría el diseño no tenía servicios públicos, por lo que haría parte del contrato.

Igualmente, allí también se precisó los aspectos que debían tenerse en cuenta para las instalaciones eléctricas y afines, por lo que la demandante con base en esa información y su experiencia, debió prever las circunstancias que pudiesen alterar el diseño de la red eléctrica, máxime cuando se trataba de un establecimiento penitenciario de gran magnitud.

(...)

[L]os predios de las ciudades objeto del contrato no tenían los servicios públicos. Y en las reglas de participación también se exigió un estudio previo para lo concerniente al proyecto hidrosanitario que comprendía: hidráulico, sanitario, gas y acueducto. Esto significa que tampoco era algo imprevisible para la sociedad Cuéllar Serrano Gómez S.A.”.

1.4. Recurso de apelación

16. El 5 de junio de 2017⁸, Cusego interpuso **recurso de apelación** en contra de la Sentencia de 4 de mayo de 2017. En el escrito de apelación, solicitó revocar la decisión de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

17. 1) “[L]as obligaciones del contratista se concretaron [en] realizar los estudios y diseños de pre-inversión para la construcción de los dos establecimientos carcelarios, en las condiciones establecidas en las reglas de participación, la primera de ellas y tal vez la más importante, que cada proyecto estaba asociado a un predio específico y determinado y, adicionalmente, que en ninguno de los dos casos se contemplaba el diseño

⁸ Folios 575-588 del cuaderno principal.

de establecimientos carcelarios de mínima seguridad. (...) Sin embargo, con posterioridad y por solicitud de Fonade, (...) el contratista tuvo que diseñar también pabellones de mínima seguridad para los dos establecimientos penitenciarios de Cúcuta e Ibagué, y adicionalmente en predios que no fueron los inicialmente contemplados en las reglas de participación, con lo cual el alcance de sus obligaciones se adicionó más allá de lo previsto inicialmente, por solicitud expresa de la entidad contratante y sin que mediara ninguna acción u omisión del contratista. (...) [L]a ampliación en el alcance de los diseños, por solicitud expresa de la entidad, constituyó una situación imprevista e imprevisible para el contratista, plenamente conocida por la entidad, generadora de sobrecostos que desequilibraron económicamente el contrato y que el contratista no tenía por qué asumir”;

18. 2) “[L]os documentos aportados al proceso dejan en claro que los estudios y diseños elaborados por el contratista se extendieron en cada caso sobre nuevos terrenos que no eran objeto del proceso de selección. En el caso de Cúcuta, a un nuevo predio con matrícula inmobiliaria 260-36730, sobre el cual se diseñó un pabellón de mínima seguridad, y en el caso de Ibagué, a otro predio [con] matrícula inmobiliaria 350-142748, en el cual se diseñó la ampliación de la cárcel ya existente”;

19. 3) Las actividades de “[d]iseño de pabello[nes] de mínima seguridad y sobre (...) predio[s] diferente[s] a [los] previsto[s] en el contrato (...) fueron ejecutadas por el consultor, en unos casos, con el visto bueno de los comités técnicos de seguimiento, y en otros, por solicitud verbal de la gerencia del convenio al contratista (...). La única función que cumplió en este caso la interventoría (...) fue certificar cómo y en qué forma se originaron y si hacían o no parte del objeto inicialmente contratado, poniendo además en evidencia que Fonade tenía pleno conocimiento de las mismas, en la medida en que fue quien solicitó su ejecución, sin ninguna intervención del contratista. (...) [T]odos los diseños nuevos que no hacían parte del contrato fueron ejecutados por petición expresa de la entidad contratante y no por iniciativa del contratista, y (...) la dinámica del contrato, dada la importancia y prioridad de la construcción de las cárceles de máxima seguridad para el país, impidió tramitar oportunamente la adición que se reclama en el fallo. (...) [E]l parágrafo tercero de la cláusula segunda del contrato (...) no aplica en este caso, dado que no se trat[ó] simplemente de una mayor área de diseño respecto a la anunciada, (...) sino de unos diseños nuevos, no previstos en el objeto original del contrato, sobre dos lotes de terreno no contemplados en las reglas de participación”;

20. 4) “[L]as obligaciones del contratista no incluían la elaboración de ningún tipo de maqueta, pues ninguno de los entregables comprendía la confección de maquetas. (...) Si bien su valor individualmente considerado no es representativo dentro del monto global en reclamación, (...) al considerarla en conjunto con los demás ítems que integran el desequilibrio pasa a tener relevancia, en la medida en que su valor incrementa la

pérdida que debió afrontar el contratista, constituyéndose en un ítem que agrava el desequilibrio”;

21. 5) *“La previsión que se le exige en este caso al contratista resulta contraria a toda expectativa, y por supuesto a la experiencia en este tipo de asuntos [se refería al ‘diseño y rediseño de la subestación eléctrica del establecimiento penitenciario de Cúcuta’], pues el diseño inicial se [había] adecu[ado] precisamente a las exigencias de la entidad rectora del servicio de energía eléctrica, por lo que la modificación introducida, además de extemporánea, no era previsible en ningún caso, razón por la cual fue[ron] justamente la información suministrada, la buena práctica de la ingeniería y la experiencia del contratista l[as] que hi[cieron] que los diseños se elaboraran en la forma en que se hizo. Por tal motivo, las razones aducidas chocan con la evidencia existente y con la lógica de la ingeniería en esta materia”;*

22. 6) *“[T]ampoco resulta ajustado a la lógica jurídica ni de la ingeniería exigirle al contratista que corra con los costos de haber tenido que rediseñar la línea de agua potable después de que tales diseños fueran aprobados, cuando tal imprevisto obedeció únicamente a un cambio de criterio de la empresa encargada de dicho servicio”.*

1.5. Trámite relevante de segunda instancia

23. El 12 de junio de 2019⁹, el Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado emitió **concepto** sobre el proceso. El delegado del Ministerio Público compartió el razonamiento del Tribunal y solicitó confirmar la decisión de primera instancia.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Análisis sustantivo – 2.2. Sobre la condena en costas

2.1. Análisis sustantivo

24. La Sala confirmará la sentencia apelada, por las razones que pasan a exponerse a continuación:

25. Antes que nada, es importante poner de presente que, por expresa disposición del párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, *“los contratos que celebr[an] los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal”*, entre las cuales se incluye Fonade¹⁰, se encuentran exceptuados de la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) y se rigen *“por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”*. Esto quiere decir que son las normas civiles y comerciales

⁹ Folios 670-680 del cuaderno principal.

¹⁰ El artículo 286 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) establece que Fonade es *“una empresa industrial y comercial del estado de carácter financiero, (...) dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación”*.

aplicables a sus actividades financieras, y no las normas del EGCAP, las que gobiernan los contratos de Fonade¹¹.

26. Bajo esa óptica, comoquiera que en la demanda presentada por Cusego se solicitó, esencialmente, declarar la ruptura del equilibrio económico del contrato de consultoría No. 2051594 de 2005¹² y, como consecuencia de ello, condenar a Fonade al pago de distintas sumas de dinero, las pretensiones deberían ser negadas. En efecto, las disposiciones del EGCAP atinentes a la ruptura del equilibrio económico no resultan aplicables a contratos sometidos al derecho privado¹³, como el contrato de consultoría No. 2051594 de 2005.

27. Igualmente, conviene señalar que, inclusive si se interpretaran de manera amplia las pretensiones de la demanda, tampoco sería procedente acudir a la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida –consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio–, en la medida en que esta sólo es procedente mientras exista alguna *“prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”*¹⁴ y el contrato de consultoría No. 2051594 de 2005 ya está terminado. En este escenario, las pretensiones de la demanda también deberían ser negadas.

28. Las anteriores consideraciones bastarían para confirmar la decisión del Tribunal de negar las pretensiones de la demanda presentada por Cusego. Sin embargo, dada la confusión que históricamente ha existido entre los conceptos de responsabilidad contractual por incumplimiento y ruptura del equilibrio económico del contrato¹⁵, y comoquiera que en la demanda se formuló una pretensión de declaratoria de incumplimiento contractual, a efectos de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia de Cusego, la Sala estudiará si, en el presente caso, hay lugar a declarar el incumplimiento de Fonade por no reconocer y pagar unas actividades adicionales al contrato de consultoría No. 2051594 de 2005 realizadas por Cusego, y a condenar a la entidad al pago de dichas actividades.

29. En la medida en que las partes del proceso no discuten que Cusego efectivamente ejecutó las actividades relacionadas en su demanda, con independencia de si estas hacían parte del objeto del contrato de consultoría No. 2051594 de 2005 –como lo sostiene Fonade– o fueron adicionales a este –como lo afirma Cusego–, la Sala considera que las pretensiones de la demanda deben ser negadas. En efecto, es necesario que exista una modificación contractual para proceder al reconocimiento de actividades adicionales. Ello es así, puesto que solamente con la

¹¹ Lo anterior, sin perder de vista que los contratos celebrados por Fonade en vigencia del artículo 26 de la Ley 1150 de 2007 –el cual fue posteriormente derogado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011– se someten al EGCAP. Al tenor de la norma (se transcribe): *“El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”*.

¹² Folios 187-197 del cuaderno 2 y 16-26 del cuaderno 4.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 10 de febrero de 2021, exp. 47.068 y; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 28 de abril de 2021, exp. 48.962.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de – de – de 2021, exp. 58.325.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 6 de julio de 2020, exp. 48.438.

modificación se entiende que el contratista tiene la obligación de ejecutarlas y la entidad la correlativa obligación de pagarlas. En el presente caso, al no evidenciarse un acuerdo de voluntades entre los representantes legales de Fonade y Cusego¹⁶, o una orden proveniente de la entidad que fuera posteriormente acatada por el contratista, en el sentido de realizar las actividades que no hacían parte del objeto del contrato de consultoría No. 2051594 de 2005 –y establecer una contraprestación por su ejecución–, la Sala concluye que Fonade no debe ser condenado a pagarlas.

2.2. Sobre la condena en costas

30. La Sala se abstendrá de condenar en costas porque no se dan los supuestos del artículo 171 del CCA requeridos.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de 4 de mayo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

SEGUNDO: sin condena en costas.

Por Secretaría, una vez ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
aclaración de voto

firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ

firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA

ACLARACIÓN DE VOTO / FUNCIONES DEL JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / DEBERES DEL JUEZ / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / ANÁLISIS DE LA PRUEBA POR EL JUEZ / RUPTURA DEL EQUILIBRIO

¹⁶ El cual, en el caso sometido a consideración de la Sala, no requería de ningún tipo de formalidad y podía perfeccionarse por el solo encuentro entre las voluntades de las partes.

ECONÓMICO DEL CONTRATO / SOLICITUD DE RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

[L]as pretensiones de desequilibrio del contrato tenían como fundamento el incumplimiento del contrato por parte del Fonade. Así las cosas, lo relacionado con los diseños y obras que el contratista adujo no estaban dentro del objeto del contrato, debió analizarse únicamente en relación con si estos fueron incluidos desconociendo el contrato original. El mismo parámetro debió aplicarse a las obras que se alegan fueron ejecutadas por errores de diseño o por incumplimiento del principio de la planeación. En virtud del iura novit curia, el juez tiene el deber de estudiar las pretensiones de la demanda de manera concordante con sus fundamentos fácticos, por lo que en los casos en los que se pretende el restablecimiento del equilibrio de la ecuación contractual por hechos que son constitutivos de incumplimiento, deben ser estudiadas de fondo como tales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00411-03(59850)

Actor: CUÉLLAR SERRANO GÓMEZ S.A. (CUSEGO)

Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Tema: El juez debe analizar las pretensiones de la demanda de acuerdo con los fundamentos fácticos, por lo cual, si se pretende el restablecimiento del equilibrio de la ecuación contractual por hechos que son constitutivos de incumplimiento, deben ser estudiadas de fondo como tales

Aclaración de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

Si bien comparto la negativa de las pretensiones, considero que lo anterior debió fundamentarse exclusivamente en que la demandante no probó que las reclamaciones que presentó en la demanda se debieran a un incumplimiento del contrato de parte de Fonade, y no en la ausencia de modificaciones aceptadas del contrato, como lo hace la sentencia.

1.- Considero que las pretensiones de desequilibrio del contrato tenían como fundamento el incumplimiento del contrato por parte del Fonade. Así las cosas, lo relacionado con los diseños y obras que el contratista adujo no estaban dentro del objeto del contrato, debió analizarse únicamente en relación con si estos fueron incluidos desconociendo el contrato original. El mismo parámetro debió aplicarse a las obras que se alegan fueron ejecutadas por errores de diseño o por incumplimiento del principio de la planeación.

2.- En virtud del *iura novit curia*, el juez tiene el deber de estudiar las pretensiones de la demanda de manera concordante con sus fundamentos fácticos, por lo que en los casos en los que se pretende el restablecimiento del equilibrio de la ecuación contractual por hechos que son constitutivos de incumplimiento, deben ser estudiadas de fondo como tales.

Fecha *ut supra*,

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado